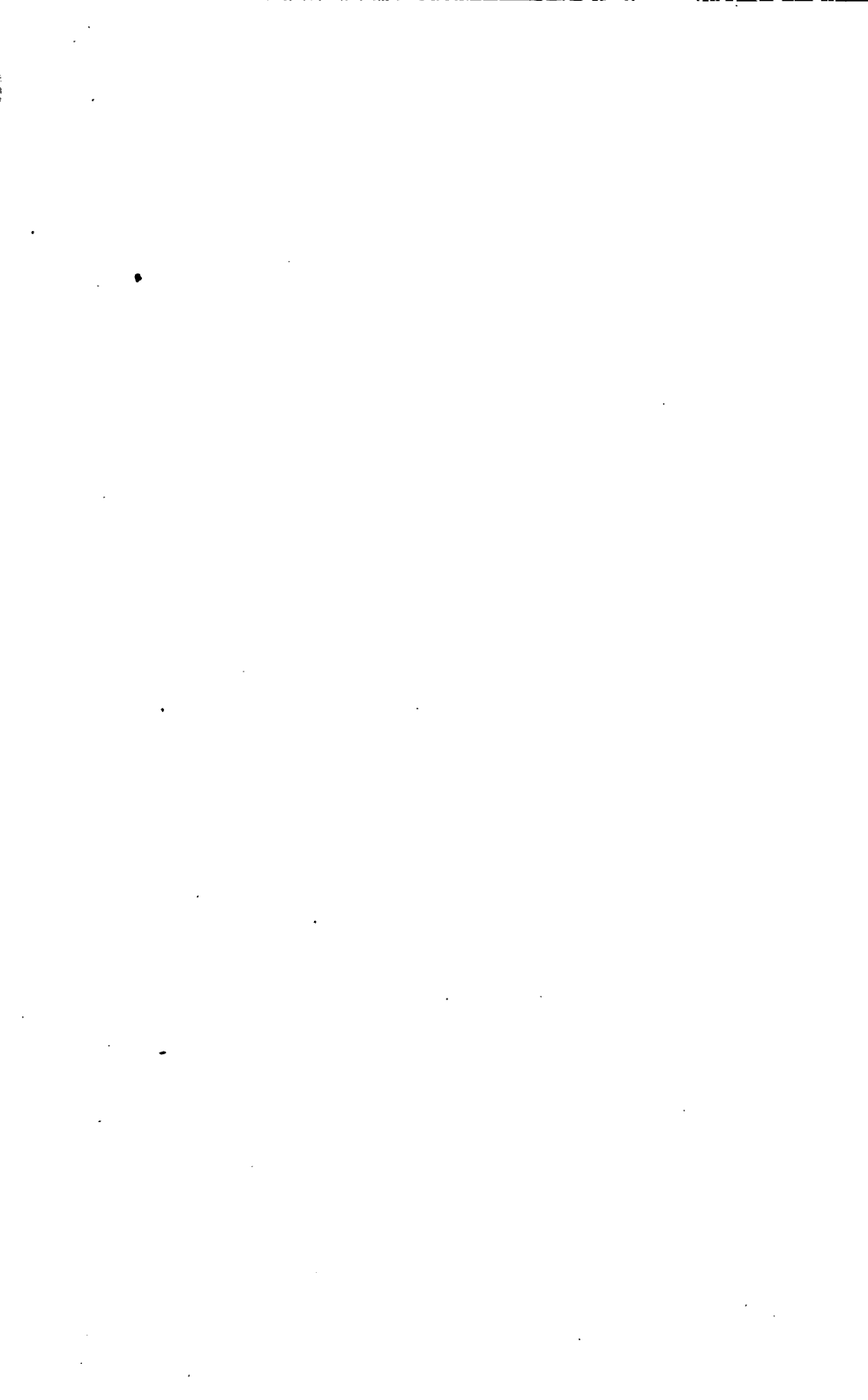
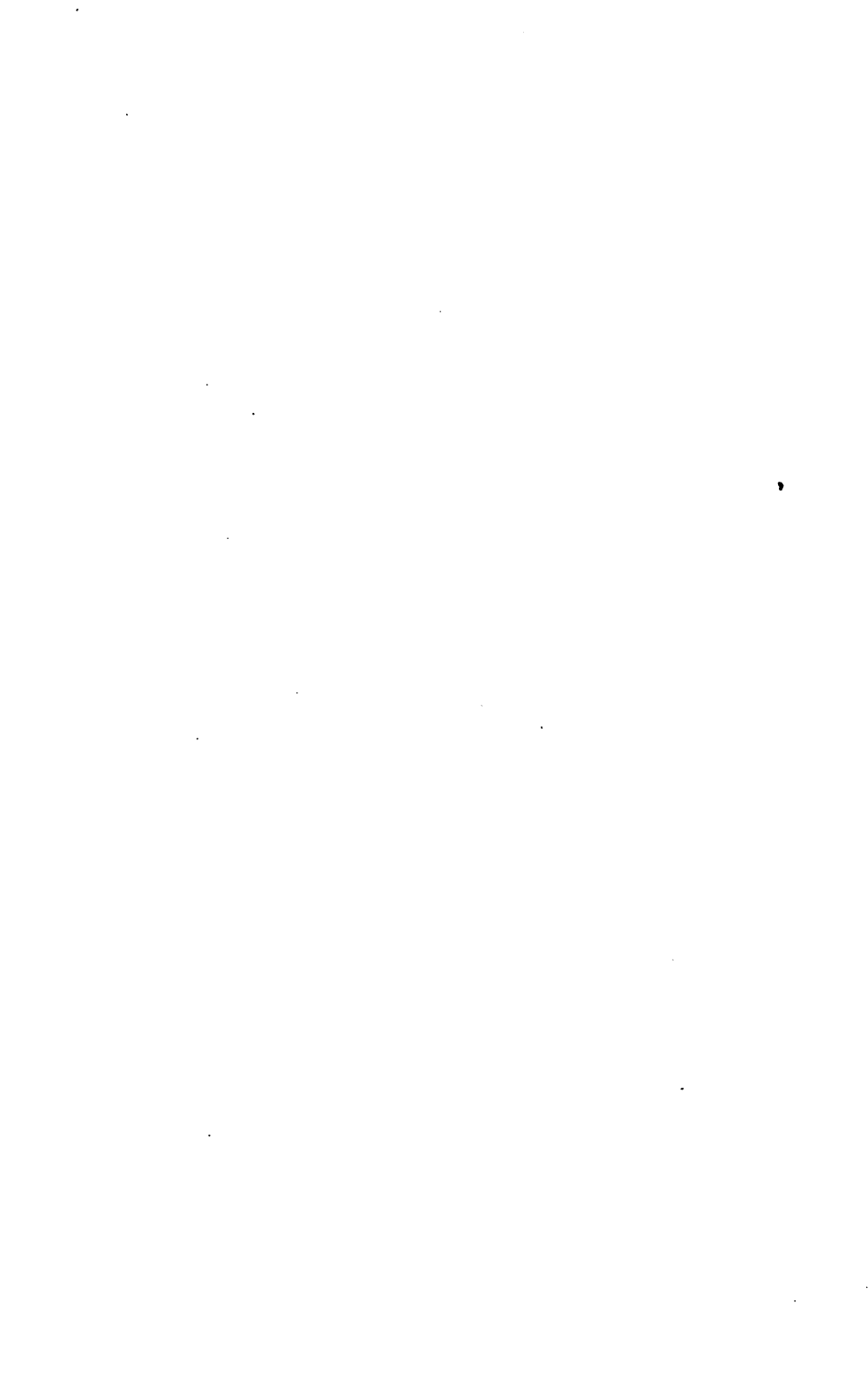
JOAQUIM PEDRO MARTINS
Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra

DA COMPETENCIA PENAL INTERNACIONAL

SEGUNDO A

LEI PORTUGUEZA

COIMBRA
IMPRENSA DA UNIVERSIDADE
1902

DA COMPETENCIA PENAL INTERNACIONAL

SEGUNDO A

LEI PORTUGUEZA

DUAS PALAVRAS

A presente dissertação que apresentamos para concurso ao magisterio na sabia Faculdade de Direito é apenas uma tentativa sobre o espinhoso e, entre nós, inculto problema da *competencia penal internacional.*

Ao escolhel-o, não era de nós completamente ignorada a sua extrema complexidade e subtil delicadeza.

Mas o seu interesse é tão suggestivo e a sua actualidade tão palpitante que resultaram inefficazes os esforços feitos para nos libertarmos da attracção irresistivel que a elle prendia o nosso espirito.

Uma verdadeira hallucinação que o estudo ulterior do problema converteu numa martyrisante Odyssea de investigações, muitas vezes infructiferas.

Em a nossa jurisprudencia, raros, para não dizer nullos, foram os elementos colhidos: e na minguada phalange de escriptores que nos foi dado consultar, incluindo os nossos compatriotas SILVA FERRÃO, LEVY MARIA JORDÃO e DR. SECCO, nem sempre se nos deparou a analyse segura e completa do problema.

Como se a delicadeza do assumpto e a sua imperfeita elaboração scientifica não fossem bastantes para apoucar o esforço de nossas reduzidas forças, accresceu o termos de elaborar este trabalho em prazo relativamente curto e em condições de saude, durante algum tempo precarias.

Sem embargo de tudo, pozémos no seu exame o maximo empenho, procurando atravez da sua delicadeza e complexidade coordenar e integrar na fórmula das soluções apresentadas os elementos mais conformes aos principios do direito penal internacional.

Para a definição da doutrina da nossa lei, — justo e agradavel é confessal-o —, valioso auxilio nos prestaram uns apontamentos colhidos das prelecções do Sr. Dr. Henriques da Silva no anno preterito.

INTRODUCÇÃO

OBJECTO E NOÇÃO DO DIREITO PENAL INTERNACIONAL

Summario: — 1. Natureza social do direito. — 2. Objecto e indole geral da funcção juridica: funcção penal: seu caracter e factos a que se applica. — 3. Variabilidade criminal no tempo e no espaço e manutenção do mesmo conceito. Diversidade de caracteres assumidos pela pena e permanencia da sua funcção real. — 4. Definição do direito penal. — 5. Caracter internacional do direito; condições geraes da sua genese e desenvolvimento. Breve esboço historico. — 6. Noção do direito internacional. — 7. Objecto e noção do direito penal internacional. — 8. O problema da competencia penal internacional. Sua difficuldade e importancia.

1. Assim como a affinidade é a força especifica das substancias chimicas e a vida a das substancias organicas, assim tambem, na phrase lampejante e profunda do genial ARDIGÓ, o direito é «a força especifica do organismo social» (1).

Com effeito, nem antes de a grandiosa evolução da vida ter attingido o momento em que a força e a ma-

(1) *La morale dei positivisti*, Milano, 1879, pag. 550.

teria organiças assumiram fórmas sociaes, seria im possivel a desintegração da força juridica, como energia reguladora das relações entre os homens, nem correlativamente se nos depara na historia, — e em nosso entendimento só o delirio theorico de metaphysicos sonhadores poderá visional-a no futuro, — uma organização social, a cuja manutenção e desenvolvimento não tenha presidido concorrentemente com outros factores, mas superiormente efficaz a elles, a força real e coactiva do direito.

O momento preciso da evolução social em que a energia juridica se define e accentua clara e completamente é, porém, a constituição do poder politico, pois é intuitivo que, sem a coexistencia e auxilio dum poder tutelar e coercitivo, a garantia das relações sociaes, elemento fundamental e irreductivel da funcção do direito, seria imperfeita e, na maioria dos casos, illusoria e chimerica.

Sociedade e direito são, pois, como escreve Ferri «dois termos correlativos e convertiveis» (1). *Ubi societas ibi jus.*

2. A funcção social do direito é uma funcção protectora, correspondente áquella que na conservação e protecção da vida individual exercem esses poderosos meios de extensão do organismo no tempo e no espaço que vulgarmente se denominam faculdades physicas;

---

(1) *Sociologia criminale*, iv edizione, Torino, 1900, pag. 537. — Cf. Puglia, *L'Evoluzione storica e scientifica del diritto e della procedura penale*, Messina, 1882, pag. 28 e 29.— Greef, *Introduction à la sociologie*, Bruxelles, Paris, 1886, ii vol. chap. x, pag. 282-361.

consiste, para a exprimirmos por uma fórmula precisa e clara, na garantia das condições de existencia e de desenvolvimento da sociedade (1).

---

(1) IHERING (*Der Ivvech im Recht,* II ed., Leipzig, 1884) e o SR. DR. GARCIA, entre nós, definiram o direito «a garantia das condições de existencia da sociedade».

Certo que as condições do desenvolvimento estão, no pensar d'estes escriptores, implicitas nas condições de existencia, entretanto, julgamos conveniente destacal-as expressamente, para maior clareza.

Note-se, porém, que só no campo theorico affirmamos que o direito desempenha uma funcção de garantia da *sociedade,* porque, se o referirmos a qualquer momento da evolução social, até nós decorrida, defendemos que a lucta das classes tem sido e é ainda a alma e a vida de todas as legislações, as quaes são, de facto, não a garantia directa das condições de *vida social,* mas a das condições de *vida das classes dominantes.*

São os sentimentos e interesses d'estas que dão vida e fórma ao direito positivo. Os das classes vencidas só collaboram na organização do direito, quando reflexamente transfundidos e integrados pelas classes dominantes nos seus proprios.

Muito antes que o principio da lucta de classes fosse claramente definido, já o immortal BECCARIA proclamava que as legislações penaes eram «verdadeiros privilegios, isto é, tributo de todos em proveito d'alguns» (*Dei delitti e delle pene,* § XLI).

Entretanto, reconhecemos tambem que a lucta das classes tem-se progressivamente suavisado, como o mostra a transformação historica do seu objecto; que a symbiose social se tem tornado mais perfeita; que a adaptação se tem feito no sentido de attenuar conflictos, corrigir desegualdades e identificar interesses; e que, por isso, de epoca para epoca, perde terreno a celebre e desoladora fórmula de KUMPLOWICZ de que o verdadeiro principio, a alma de todo o direito, é a manutenção da desegualdade. (*Précis de sociologie,* Paris, 1896, pag. 309 e segg.). — Vid. VACCARO, *Les bases sociologiques du droit et*

Por meio d'ella o poder politico-social organisa, disciplina as varias e differentes funcções em que se affirma e individualisa a energia vital do organismo societario, e reage ainda efficaz e soberanamente sobre todos aquelles que atacam ou perturbam a regularidade do funccionamento ou as condições de existencia da aggremiação societaria, que lhe incumbe coordenar em todas as suas funcções, regular e dirigir.

Ora, assim cômo, sem embargo do vinculo de interdependencia que prende as funcções sociaes (1), as normas juridicas apresentam na sua realidade concreta estructura e caracter diversos, intimamente correspondentes á indole especifica e peculiar da funcção que regulam e garantem, assim tambem a reacção do poder politico-social se traduz por formas differentes, correlativas á indole e força offensiva dos ataques ou lesões das condições de vida e desenvolvimento da sociedade.

Emquanto que para certos actos se exprime pela nullidade com que os fere ou pela imposição ao seu agente da reparação material do damno causado, relativamente a outros vae mais longe; veste as fórmas rigidas e vindicativas de verdadeira repressão, recáe directamente sobre a pessoa do offensor, a quem inflige um castigo, uma dôr pela offensa recebida.

Não é nosso proposito signalar aqui a anterioridade ou posterioridade de uma ou de outra destas formas de

---

de l'État, Paris, 1896, pag, 433 e segg., e *Genesi e funzione della leggi penali,* 1889. — NICEFORO, *Les transformations du crime et la civilisation moderne,* apud *Scuola positiva*, 1901, pag. 652-655. — FERRI, ob. cit., pag. 525-559, e *Socialismo e Scienza positiva*, Roma, 1894, pag. 39-41 e 72 e segg., etc.

(1) Cf. GREEF, ob. cit.

reacção social; se o fosse, diriamos que a reacção da sociedade, assim como a do individuo, foi primariamente violenta e punidora (1), e exclusivamente despertada pelo instincto biologico da conservação, que o estimulo da dôr, tão felizmente denominado — sentinella da vida — ardentemente excitava e mantinha em permanente vigilia (2).

Seja, porém, como fôr, é certo que a repressão, como funcção de conservação social, é coeva da sociedade e que os factos que a desafiam são em regra aquelles que representam um grave ataque ás condições de existencia individual e social, e offendem a moralidade media dos diversos grupos sociaes e politicos (3).

E como essas condições dão, no ponto de vista puramente scientifico, origem a direitos correspondentes para os grupos sociaes e para os individuos podemos dizer que elles são sempre uma violação juridica, determinada por motivos anti-sociaes, que offende o sentimento moral medio.

Estes factos denominam-se *crimes*; e *pena* a correlativa reacção repressiva do poder politico-social (4).

---

(1) PRINS, *Science pénale et droit positif*, Bruxelles, Paris, 1889, pag. 3.

(2) Vid. entre outros, FERRI, ob. cit., pag. 504 e segg. — LETOURNEAU, *L'évolution juridique.*—HAMON, *Déterminisme et responsabilité*, Paris, 1898, pag. 120 e segg.

(3) Vid. entre muitos outros, para as differentes noções do crime que têm sido apresentadas, HAMON, ob. cit., pag. 64–92 e FERRI, ob. cit., pag. 125–143, etc.

(4) Escusado será advertir que a exposta noção de crime tem caracter exclusivamente theorico, porque, ácerca do seu caracter historico e bem assim da funcção que a pena tem desempenhado mantemos reservas analogas ás que formulamos relativamente á funcção geral do direito. Vid. nossa Disserta-

3. Certo é que do confronto dos quadros legaes da criminalidade atravez o tempo e o espaço resulta indiscutivel a enorme variabilidade do numero, da estructura e da gravidade dos factos que têm provocado e provocam a reacção penal nos diversos estados ou no mesmo estado em differentes phases evolutivas da sua vida.

O numero reduzido dos factos socialmente punidos pelas legislações primitivas, — se é que merecem este nome as raras, incoherentes, confusas e incaracteristicas normas que nesses tempos regulavam as relações sociaes, — contrasta flagrantemente com a serie extensa das modernas legislações penaes.

Factos punidos numa epoca não atacam noutra as condições de vida individual ou collectiva. Sirva de exemplo a blasphemia.

Do mesmo modo, factos que nuns estados são reputados crimes gravissimos e principaes, noutros não têm o mesmo caracter, e vice-versa.

Assim, escreve PRINS : — «Dans l'État théocratique, c'est le crime de hérésie et de sacrilège qui est au premier rang; dans l'État commerçant, c'est la fraude; dans l'État militaire, l'indiscipline; dans l'État absolu le crime de lèse-majesté; nos anciennes communes considéraient la violation du contrat, fait purement civil d'après le droit moderne, comme une infraction grave punie du banissement, et aujourd'hui, dans la démocratie industrielle, la législation industrielle, la légis-

---

ção inaugural *Da quebra e da insolvencia no direito criminal portuguez*, Coimbra, 1901, pag. 121-123. — VACCARO, cit., *Genesi e funzioni delle leggi penali*, pag. 101.—FERRI, ob. cit., pag. 548 e segg.—NICEFORO, cit. art., pag. 652-655.

lation ouvrière se reprend à comminer des peines contre certaines infractions aux lois règlementant les rapports du capital et du travail, alors que la législation napoléonienne passait cette matière en silence (1).

Facto analogo, se bem que o contraste seja menos frisante, se observa no mesmo estado nas diversas phases da sua evolução.

Apparentemente extranha, a variabilidade que vimos de indicar tem a sua explicação natural na indole biosocial do crime e do direito, a qual se não compadece com a immobilidade inerte e infecunda.

Ou seja producto da acção exclusiva de factores sociaes, como pretende inculcar a escola socialista, ou da acção concorrente e combinada da triplice ordem de factores: anthropologicos, physicos e sociaes, como ensina FERRI, o crime é sempre um ataque ás condições de existencia social; e nesta qualidade, a sua fórma concreta só poderia permanecer a mesma, se estas se distinguissem por uma rigida fixidez e immobilidade.

Ora, ao invez d'isto, succede que um movimento de incessante *devenir* penetra, dynamisa e agita a sociedade; as suas condições de existencia e desenvolvimento transformam-se com o decurso do tempo.

O evolucionismo, no mundo super-organico, é hoje um postulado sociologico incontestavel.

A lei da transformação da materia, descoberta por LAVOISIER, e a da transformação da energia, estabelecida por ROBERTO MAYER e HELMHOLTZ, não perdem

(1) Ob. cit., pag. 78.

o seu cunho de verdade, quando referidas á materia e energia sociaes.

D'est'arte, o crime, sinistra «sombra do corpo social», no elegante dizer de TARDE, não póde deixar de vestir fórmas correspondentes ao aspecto do ambiente social (1), concretisando-se, por isso, em factos de estructura e indole diversa.

Na mesma evolução social se filia o augmento do numero de factos puniveis e ainda a inserção nos quadros legaes da criminalidade d'alguns materialmente pouco graves, e até d'outros, denominados *contravenções*, que LUIGI LUCCHINI, elegante, mas erradamente, definiu — lesões potenciaes indeterminadas (2).

Á medida que as funcções sociaes se vão desintegrando da primitiva força collectiva, homogenea e incoherente, affirma-se e robustece-se cada vez mais o nexo de interpendencia que as prende, amplia-se o dominio da consciencia social e diffunde-se pelos apparelhos sociaes um vivo e vibrante sentimento de solidariedade.

---

(1) L'ambiente sociale—diz o proprio FERRI—dá la forma al delitto (ob. cit., pag. 120). «Chaque période historique, chaque race ayant son caractère et sa culture propres, a aussi son genre de criminalité et d'infractions» PRINS, ob. cit., pag. 75.

(2) Vid. sobre o conceito positivo de contravenção SILVIO LONGHI, *Del concetto juridico di contravvenzione in contraposto a quello di delitto*, apud *Scuola positiva*, Luglio 1898, onde este escriptor combate vantajosamente os diversos conceitos da escola classica, incluindo o de LUCCHINI e mostra que a contravenção é sempre uma lesão juridica, um acto anti-social digno de punição. Cf. FERRI, ob. cit., pag. 677.—MARCHETTI, *Theoria generale dei contravvenzioni*, apud *completto trattato teorico e pratico di diritto penale*, publicado por COGLIOLO, parte II, vol. 2.º; — ZERBOGLIO, *Teoria e pratica delle contravvenzioni*, Milano, 1899.

D'aqui a necessidade de alargar a reacção penal da sociedade e da sua incidencia sobre factos, que, só a partir de certo momento da evolução, adquirem o valor social de infracção juridica.

Em conclusão: a indeterminação historica do delicto, longe de negar o conceito geral do crime, é a sua confirmação solemne e authentica.

Este sempre tem sido um ataque ás condições de existencia e desenvolvimento social, concretamente expressas em as normas juridicas do momento historico que se considera.

Analogamente, a pena tem assumido aspectos e significados differentes.

No principio, pura reacção defensiva da sociedade ou do individuo, sem nenhum conteúdo ethico, simples funcção do instincto physiologico da conservação, e traduzida na *vindicta* e no *talião* (1), a pena, logo que

---

(1) «Quando la reazione defensiva si applica nella sua forma individuale, è evidente che unico e fondamentale movente de essa non è che la utilità personale dell'offeso, e la tendenza irresistibile alla propria conservazione, poichè il dolore altro non indicando in sostanza che una diminuzione di vitalità, come osservano l'Hamilton, il Dumont, il Bain, l'Hodgson ed altri provoca sempre, in ogni essere vivente, una naturale ripugnanza, che serve anche a metterlo sulle proprie difese: sicchè giustamente il dolore fu chiamato «la sentinella della vita».

....

«Non solo: ma nei primordi del vivere sociale, anche la reazione sociale, direttamente per parte della collettività o indirettamente per parte del capo-tribù, non ha altro movente ed altro criterio all'infuori della utilità sociale, della necessità della propria conservazione. Anche allora la colpa morale nell'aggressore è un elemento affatto estraneo ed ignoto a codesta reazione defensiva, come se ne trovano traccie nelle

a sociedade adquiriu feição theocratica (1), passou a ter o valor de expiação do ultraje feito á divindade, para mais tarde, quando a metaphysica, fazendo de Deus uma entidade sem correspondencia com o mundo objectivo, se substituiu á religião, assumir o caracter de expiação do mal moral causado pela offensa á justiça racional e abstracta (2).

---

legislazioni delle antiche civiltà, perfino in Roma, nelle quali il danno od il pericolo rimangono ancora l'unico criterio de repressione, in parecchi casi di attività anti-sociale o criminosa«. (FERRI, ob. cit., pag. 515 e 516. Cf. pag. 504-514).

Como é sabido, TARDE, seguindo POST (*Der Urnsprung des Rechts,* Oldenburg, 1876, e *Die Grundlagen des Rechts und die Grundziige seiner Eentwickelungsgeschte,* Oldenburg, 1884) imputa a esta theoria uma erronea unilateralidade de vistas e o esquecimento da justiça intra-familiar, cujo caracter ethico contrastava frisantemente com a feição phisiologica da justiça externa, propriamente guerreira.

Ora, além de que TARDE não prova a existencia d'esta justiça, assim caracterisada, entre as agglomerações primitivas, e de que se lhe póde contrapôr, como mais verosimil e mais harmonica com as condições de vida dos primeiros agrupamentos societarios, a observação de SPENCER (*Principes de sociologie,* Paris, 1883, III ed., pag. 659 e segg.), sobre a identidade primitiva e fundamental ou intima analogia entre a reacção defensiva contra um aggressor externo e a exercida contra um aggressor interno, é de notar que a justiça familiar, tal como TARDE a concebe, não se concilia com a feição do primitivo agrupamento familiar, onde o poder do chefe pesava tyrannico e ás vezes feroz sobre os outros membros, juridicamente amorphos e inertes.

(1) Sobre a origem e caracter da dominação clerical, vide entre outros, VACCARO, *Les bases sociologiques du droit et de l'État,* trad. de GAURE, Paris, 1898, pag. 255-259 e 348-364.

(2) Como é facil de vêr, a substancia permaneceu a mesma; a forma é que variou de religiosa para moral. KRAEPLIN, *La*

E este caracter conserva-o ainda a pena nas modernas legislações penaes, fundido, porém, com outros elementos, sobretudo o correccionalista, directa ou indirectamente filiados num principio objectivo de utilidade social, assim como a concepção abstracta do crime é nellas temperada pela integração, embora hybrida e incoherente, de alguns elementos positivos, deduzidos da consideração de certas qualidades pessoaes do delinquente ou das condições da sua vida.

É que, sem embargo de todos os esforços, ninguem pode isolar-se da realidade viva e palpitante dos factos e do ambiente que o circunda.

Entretanto, sob todas as fórmas e caracteres que assumiu no tempo e no espaço, a pena foi sempre de facto funcção da conservação e defeza juridico-social.

E esta é a missão que lhe attribue claramente a moderna escola positiva, a qual, acceitando o principio vivaz e fecundo de utilidade social, depurou-o e completou-o com o estudo bio-social do delinquente.

Para esta escola, a funcção repressiva da pena deve ligar-se á funcção clinica ou preservativa da *prevenção*, superiormente efficaz na lucta social contra o delicto.

4. Os dois factos *delicto* e *pena* deram origem á differenciação no campo juridico d'um ramo do direito chamado direito penal ou criminal, conforme se con-

---

colpa e la pena, na Riv. de filosof. scient., Torino, 1883, II, pag. 527, e FERRI, ob. cit., pag. 519. A dissolução, assim como a evolução, é gradual, diz FERRI, e, por isso, o rigido caracter religioso do ministerio penal, ao ser substituido pelo metaphysico, deixou como detricto a idéa ethica da pena.

sidera sob o ponto de vista da infracção ou da pena. Tomamol-os aqui como synonymos (1).

A sua funcção é garantir, quanto possivel, por meio d'esta contra aquelle as condições de existencia e desenvolvimento da sociedade e pode definir-se: o conjuncto de normas que determinam e definem os factos ou as violações juridicas sobre que deve exercer-se a acção repressiva da sociedade e regulam a applicação e exercicio d'esta.

Violações juridicas, dizemos, porque, como agudamente nota Raoul de la Grasserie, é a violação d'um direito preexistente que origina o direito social de punir e é nella que essencialmente consiste o delicto ou a infracção (2).

Na sua accepção mais geral, o direito penal tem, como todos os ramos de direito, um duplo caracter:— substantivo e adjectivo. Aquelle tem por objecto a determinação dos factos puniveis e das penas applicaveis; este a organização dos tribunaes encarregados de perseguir os factos puniveis, julgal-os, applicar e executar as penas e ainda a determinação das formalidades processuaes respectivas.

5. O direito, como vimos, é uma força social e, por isso, não póde existir sem que exista tambem a sociedade.

Mas, ou se desintegrassem d'um nucleo primitivo,

---

(1) Escusado será advertir que nenhuma das expressões: *pena, direito penal, crime* e *direito criminal* é hoje rigorosamente exacta. Sobre os seus defeitos, aliás evidentes, vid. Raoul de Grasserie, *Des principes sociologiques de la criminologie*, Paris, 1901, pag. 11 e segg.

(2) Ob. cit., pag. 20.

ou simultaneamente se constituissem em territorios differentes, desde os primordios da vida social até nossos dias coexistiram no tempo e no espaço varias aggremiações societarias autonomas, independentes, formando centros politicos distinctos, com base territorial diversa e regulados por normas juridicas proprias.

D'aqui a coexistencia de varias legislações. E, porque, ou em virtude da diversidade originaria de raça, como ensina o polygenismo, ou da diversidade de territorio, de organização economica, ou de todos estes factores conjunctos, as sociedades se differenciaram e differenciam entre si, as legislações além de multiplas, têm sido e são ainda diversas.

Ora, emquanto a base territorial do sentimento de sympathia social foi rigorosamente delimitada pelos confins do Estado e este, impellido pelo mais exaggerado sentimento de individualidade, se isolou nos limites da sua soberania unicamente entregue a seus proprios elementos, o direito não podia assumir outro aspecto que não fôsse rigidamente nacional.

Não lh'o permittia o odio feroz e implacavel ao extrangeiro, que a inflexivel e imperiosa necessidade de cohesão e de robustecimento interno integrava, por assim dizer, no amor á patria, tanto mais que, por virtude do isolamento reciproco, não havia communidade de ideias nem de tendencias.

Tudo o que ficava para além das fronteiras era reputado hostil ao Estado, cuja vida juridica se desenvolvia, por isso, em completa independencia de elementos extranhos e á qual não podia ser admittido o extrangeiro. Este logo que sahia para fóra das fronteiras do territorio occupado pelo grupo social de que fazia parte, era considerado como inimigo feroz, intei-

ramente privado de direitos e exterminado ou reduzido a cruel escravidão.

As relações dos grupos politicos eram de guerra contínua, implacavel e atroz, sem mais treguas que as impostas pela fraqueza ou pelo medo.

Dest'arte, absolutamente impossivel fôra que nesta epoca tão barbara e tão selvagem apparecessem normas juridicas tendentes a regular e disciplinar as relações entre os povos ou mesmo que surgisse a ideia da possibilidade do seu apparecimento.

Entretanto, logo que, sob a pressão do augmento da população, começou de effectuar-se dentro de cada grupo politico um certo progresso economico e este, por sua vez, provocou a necessidade da troca e ao mesmo tempo a guerra—«esse primeiro architecto de todas as sociedades e civilizações»—determinou a constituição de agrupamentos politicos mais fortes e com base territorial mais extensa, as occasiões de lucta violenta deveriam diminuir e conjunctamente iniciar-se um movimento de relações contínuas regulares e progressivamente pacificas entre os seus membros; attenuar-se o odio ao extrangeiro e correspondentemente alargar-se a base territorial do sentimento de sympathia social.

E, á medida que a população augmentasse, as necessidades crescessem, o commercio se expandisse e, por consequencia, as relações entre os povos se desenvolvessem, deviam surgir entre cidadãos de Estados diversos relações, cada vez mais frequentes e mais complexas, que era indispensavel disciplinar e garantir juridicamente.

Do mesmo modo, se bem que mais morosamente, com o progresso das relações economicas e sociaes, a consciencia collectiva devia adquirir em cada Estado

uma visão mais larga e mais nitida dos seus interesses, e sentir a necessidade de as nações sahirem do estado de guerra permanente para uma phase de relações mais pacificas e mais propicias á sua coexistencia.

Conseguintemente, inevitavel era que o direito, cuja evolução é parallela á das relações sociaes, começasse de mover-se numa esphera mais extensa do que o campo restricto das relações entre os membros de cada Estado dentro do territorio d'este, assumisse um novo aspecto e realisasse uma nova função: a de disciplinar e garantir as relações creadas entre os cidadãos pertencentes a centros juridicos ou politicos diversos e as relações entre os Estados, ou entre estes e os cidadãos d'outros Estados.

Muito lenta foi, porém, esta transformação.

Á influencia civilisadora do commercio — «esse malfeitor cheio de virtude» — a quem a humanidade deve grande parte do seu patrimonio, e á acção d'outras forças centripetas tendentes a approximar os povos e a chamal-os á formação d'uma communidade internacional oppozeram-se, durante muito tempo victoriosas, as forças centrifugas do sentimento de individualidade, tão vivo nos Estados antigos, e da grande diversidade de civilisação, que o *processus* isolado de evolução politico-social de cada povo havia produzido entre elles.

Nem o Egypto nem a artistica e civilisada Grecia podiam sentir-se eguaes aos povos seus vizinhos, cuja vida collectiva tinha um cunho accentuadamente barbaro (1).

---

(1) Vid. *Introduction au droit des gens*, par FRANZ HOLTZENDORFF et ALPHONSE RIVIER, Paris, 1889, pag. 159 e 193.

Pela affrontosa e desprezivel denominação de barbaros designavam os gregos a todos os extrangeiros, e os seus mais geniaes philosophos que foram tambem os espiritos mais portentosos do mundo antigo, PLATÃO e ARISTOTELES, ensinaram aquelle que a humanidade estava dividida em gregos e barbaros, e este que os barbaros deviam ser escravos dos gregos e que, para attingir este resultado, era licito o emprego de todos os meios.

Entre os romanos tambem o extrangeiro era considerado barbaro e inimigo (hostis); e a sua politica, nas relações com os outros povos—escreve PASQUALE FIORE —era inspirada pela paixão ambiciosa de os dominar e submetter a fim de realisarem o orgulhoso projecto de converter cada paiz em colonia do imperio (1).

A paz romana, principalmente na epoca da conquista, não era mais que a exterminação ou a escravidão do inimigo. *Ubi solitudinem* faciunt, pacem appellant, disse Tacito.

A egualdade juridica dos Estados, que é hoje postulado fundamental da sciencia politica e do direito entre as nações, não a conheceram os povos antigos, nem podia germinar e desenvolver-se numa epoca em que a civilisação divergia profundamente de povo para povo e, como diz GRASSO, cada um se julgava o predilecto da divindade e centro e fim do mundo (2).

---

(1) *L'organisation juridique de la société internationale,* apud *Revue de droit international et de legislation comparée,* 1899, pag. 107.

(2) *Principii di diritto internazionale publico e privato,* III ed., Firenze, 1896, pag. 10. Principalmente entre os israelitas foi vigorosa esta concepção. O povo antigo, em que ella adquiriu menor vigor, foram os hellenos.

Entretanto, sem embargo d'isto, alguma cousa ia resultando da approximação e do entretecimento de relações entre os Estados no mundo antigo; aqui e além, isoladamente, é certo, sem que houvesse consciencia de que aquellas relações podiam ser reguladas por um principio juridico universal, á primitiva regidez inflexivel do odio ao extrangeiro se contrapunham usos, preceitos ou normas que, por assim dizer, são, na historia, o crepusculo precursor da aurora do que, a partir de BENTHAM, se usa denominar — direito internacional (1).

Este movimento internacional, produzido pela civilisação do mundo antigo, não se perdeu na transição para essa epoca de tão fecunda elaboração social que se denomina — edade media. Pelo contrario, esta enriqueceu o legado que lhe fôra deixado, aperfeiçoou-o, transformou o caracter juridico das relações internacionaes e nella fermentaram os elementos de cuja acção concorrente e combinada resultou mais tarde a definição dos principios fundamentaes que deviam presidir á disciplina e organização juridica das relações entre os Estados.

O christianismo, avassalando a alma rude e barbara dos invasores e resuscitando o principio budhista da

---

(1) Vid. GRASSO, ob. cit., pag. 10, 11 e 222 e segg.—Cit. *Introduction au droit des gens,* 3.ª partie, principalmente na parte em que se refere aos egypcios, gregos e romanos. — BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié,* trad. par LARDY, Paris, 1874, Introduction, pag. 11 e 12.—G. FUSINATO, *Le droit international de la république romaine. — Les étrangers, les récuperateurs, les fétiaux,* apud *Revue de droit international,* 1885, pag. 278-296.

*

egualdade (1), tendia naturalmente á formação duma certa communidade de ideias, principios e sentimentos entre os povos que o tinham abraçado.

As invasões dos arabes, cuja religião era diversa, vieram auxiliar esta tendencia, contribuindo para estreitar as relações entre as nações christãs e radicar-lhes fundo a consciencia da sua identidade religiosa e a conveniencia da sua alliança para a defeza triumphante da mesma fé christã.

Por outro lado, ou fosse porque os germanos invasores em virtude do seu amor ardente á liberdade e do vivissimo sentimento de individualidade que os caracterisava—«derrière l'étranger ils voyaient toujours l'homme — como diz BLUNTSCHLI (2), ou fosse porque, como succede ás vezes quando a conquista põe em contacto povos, profundamente differentes nos costumes, religião e leis, o vencedor que não quer adoptar a lei dos vencidos, se sente incapaz ou desdenha impôr-lhe as suas, o que é certo é que os germanos reconheceram aos povos vencidos o direito de se regerem pelas suas leis, isto é, reconheceram a coexistencia de diversos direitos nacionaes.

Estes novos principios lançados na corrente da civilisação não podiam deixar de produzir um meio mais favoravel ao cultivo de relações internacionaes.

Aquelle estabelecia um principio de unidade entre as nações christãs; o germanismo implantava o respeito á individualidade humana, de que era corollario a attenuação da miseravel condição do extrangeiro,

---

(1) E. L. CATELLANI, *Il diritto internazionale privato e i suoi recenti progressi*, II ed. Torino, 1895, vol. I pag. 15.

(2) Ob. cit. pag. 15.

o qual deixou de ser o *hostis* execravel do mundo antigo, a quem o estado recusava participação na sua vida juridica. A sua lei era reconhecida e a ella ficava o extrangeiro sujeito no desdobramento da sua actividade juridica.

D'est'arte, legislações varias appareceram em contacto no mesmo territorio, disputando o direito de regular as relações entretecidas entre cidadãos do mesmo estado ou de estados differentes; e, porque tinham feição diversa, frequentes conflictos surgiram.

D'aqui a necessidade de estabelecer principios, fixar regras que os resolvessem por fórma a harmonisar mais ou menos justamente os interesses e os direitos dos Estados e dos seus membros.

É certo que a breve trecho o feudalismo abriu para o extrangeiro um periodo sombrio de injustiça cruel e barbaro despotismo; raros ou nenhuns direitos lhe reconhecia quando este transpunha o seu territorio nacional ou fixava residencia em territorio extranho; mas não é menos verdade que, apesar d'isto, relações juridicas se geraram entre individuos, subditos de senhores diversos e que, por consequencia, conflictos entre as leis respectivas se suscitaram.

Os conflictos assumiram, porém, nova feição em virtude de ter variado a indole das leis, ás quaes, até ahi pessoaes, a fusão feudal da soberania com a propriedade deu indole territorial. Permanecia assim a mesma necessidade de regras para resolver os conflictos, a qual se accentuou vigorosamente nas communas italianas por virtude do prodigioso florescimento economico e commercial que attingiram e da diversidade dos seus estatutos.

D'aqui o apparecimento da celebre theoria dos Estatutos para resolver os conflictos emergentes das re-

lações juridicas entre particulares sujeitos a diversos centros juridicos ou entre aquelles e os Estados extrangeiros, quer de indole civil ou commercial, quer de indole criminal.

Além d'isso, o renascimento do direito romano no seculo XII e a sua adopção por quasi todos os Estados Christãos; a cavallaria, as crusadas e a união religiosa das nações do Occidente sob um mesmo chefe o Papa, levaram os Estados a reconhecer-se reciprocamente alguns direitos communs.

A influencia do Papado foi sobremaneira notavel. Usando da sua auctoridade moral, — escreve PRODIER FODÉRÉ--«les Papes moderèrent les usages de la guerre; en suspendirent de temps en temps les luttes par les *trêves de Dieu;* déclarèrent impie l'emploi d'armes trop cruelles; condamnèrent le droit barbare d'épaves» (1).

Quando, num deslumbramento de civilisação e de progresso surgiu a edade moderna, não se perdeu o movimento juridico-internacional da edade media; pelo contrario continuou numa progressão crescente.

O impulso febril e valoroso que as conquistas e descobertas além mar, o descobrimento do caminho maritimo para a India por Vasco da Gama e o do Novo mundo por Colombo (?) e ainda a progressiva evolução economica de cada Estado deram ao commercio internacional, provocou enorme desenvolvimento nas relações economicas entre os Estados e entre seus membros, e determinou correntes de emigração cada vez mais fortes de Estado para Estado.

---

(1) *Introduction au Nouveau droit international public,* por FIORE, Paris, 1868, vol. I, pag. XXXIX.

Com intensidade cada vez maior continuaram os seculos posteriores este movimento; e na actual phase capitalista o vapor e a electricidade deram-lhe um aspecto maravilhoso.

Resultado, aliás inevitavel, d'esta evolução, foi uma pujante e complexa efflorescencia de relações juridicas de caracter internacional que em o nosso seculo se affirma em toda a sua opulencia e em cujo desenvolvimento os seculos futuros certamente proseguirão.

D'aqui, a continuação e melhor direcção do movimento juridico da edade media; d'aqui o aperfeiçoamento da theoria dos Estatutos primeiro, e depois a sua substituição por outras mais harmonicas com o progresso da economia e da civilisação.

A edade moderna não se limitou porém a elaborar com melhor e mais profundo criterio a obra juridico-internacional iniciada pela edade media.

Ao feudalismo succedêra a concentração do poder politico nas mãos d'um só soberano, cujo imperio se exercia definitiva e exclusivamente sobre o territorio, no qual anteriormente se degladiavam auctoridades rivaes.

D'aqui resultou o robustecimento da personalidade juridica e politica do Estado, um sentimento mais vivo da sua força e uma consciencia mais clara das suas funcções e dos seus direitos. Cada Estado sentiu-se independente, na plena posse do seu territorio e egual em direitos aos outros Estados.

Isto é, na consciencia collectiva definiu-se claro o principio da egualdade politica e juridica dos Estados.

Appareceu assim uma nova base para as relações directas entre os Estados, como personalidades politicas independentes.

Mas, como a desegualdade de forças deixava aquelle

principio á mercê da ambição de Estados mais poderosos, o interesse commum levou os Estados a accordos e convenções reciprocas, até que surgiu a ideia levantada de collocar a soberania e a independencia de cada um sob a garantia collectiva dos outros, tanto mais que a reforma religiosa, rompendo de vez a unidade da egreja, quebrava ao mesmo tempo o prestigio, já enfraquecido, do poder papal.

Foi o que em 1648 fez o congresso de Westephalia o qual, como ensina HOLTZENDORF, além de inaugurar um regimen, em virtude do qual nem a religião (1) nem as leis organicas constituem differença sob o ponto de vista internacional, estabeleceu em principio o reconhecimento geral de todos os Estados soberanos e da sua egualdade.

A partir deste momento, a personalidade internacional dos Estados europeus christãos affirma-se e define-se claramente; e para as suas relações politicas e juridicas abre-se um periodo em que o direito na phrase de HOLTZENDORF toma, por assim dizer, consciencia de si mesmo.

Com effeito, desde então, a vida politica d'estes Estados liga-se á ideia de que todos elles constituem uma vasta sociedade, com principios e interesses communs (2).

---

(1) Com effeito, o congresso de Westephalia consagrou em favor dos protestantes allemães a liberdade do seu culto e fundou a egualdade das tres crenças: catholica, lutherana e calvinista. Vid. PRADIER-FODÉRÉ, *Introduction* á obra de FIORE, *Nouveau droit international public*, pag. XLIII. — Cf. HOLTZENDORF, *Introduction au droit des gens*, pag. 344-348.

(2) HORNUNG, *Civilisés et barbares*, apud *Revue de droit international*, 1886, pag. 194.

É por isso que o congresso de Westephalia, segundo os escriptores, marca na evolução juridica o inicio d'uma nova phase e signala o apparecimento do direito regulador das relações entre os Estados como personalidades politicas independentes.

Com effeito, á evolução posterior tem servido de base o principio da personalidade internacional dos Estados e da sua egualdade juridica.

Surgiu, assim, esboçado em todos os seus aspectos um novo ramo de direito cujo imperio se tem vindo ampliando á medida que a evolução economica e social, fundindo os interesses das nações, tem facilitado a formação do, ainda incompleto, organismo internacional.

6. Ao direito, cujas principaes condições geneticas vimos de esboçar muito ligeiramente, dá-se commummente a denominação de direito internacional (1).

Entre os escriptores reina, porém, a maior incerteza e confusão sobre o seu objecto e noção (2) e a sua pro-

---

(1) A expressão — direito internacional — começou a generalisar-se desde que BENTHAM a empregou (law international) para designar as relações dos estados ou dos soberanos entre si. Anteriormente já RICHARD ZOUCH e D'AGNESSEAU tinham usado a expressão — *jus inter gentes*. Outras denominações têm sido usadas pelos escriptores. Vid. SR. DR. GUIMARÃES PEDROSA, ob. cit., not. (4) á pag. 5.—Cit. *Introduction au droit des gens*, pag. 8-10 e PRADIER FODÉRÉ, cit. *Introduction*, pag. XII. — DESPAGNET, *Précis de droit international privé*, 3.e édit., Paris, 1899, pag. 1-2.

(2) PILLET, *Le droit international public, ses éléments constitutifs, son domaine, son object*, apud *Rev. génér. de droit international public*, tom. I, pag. 1.

pria existencia tem sido contestada por muitos que apenas crêem na d'uma moral internacional (1).

---

(1) Podem citar-se entre os adversarios da existencia positiva do direito internacional: PUCHTA, *Gewohnheitsrecht*, tom. I, pag. 142 e segg. — A. LASSON, *Princip und Zukunft des Võlkerrechts*, Berlim, 1871. — PH. ZORN, *Das Staatsrecht des Deutschen Reichs*, Berlim, 1883, tom. II, pag. 419 e segg. — GÉRARD DE RAYNEVOL, *Institutions du droit de la nature et des gens*, liv. I, § 8, n. 10. — AUSTIN, *The province of jurisprudence determined*, pag. 208. — JOHN LEIGHTWOOD, *The nature of positif law*, London, 1883. — ACCOLLAS, *Manuel de droit civil*, tom. I, Introduction, pag. VII, e *De l'idée du droit*, pag. 26 e 27, etc.

As objecções têm sido de duas ordens. Ora se oppõe a consideração de que o elemento irreductivel de que se nutrem as relações internacionaes é a força, isto é, a negação formal e positiva do direito, ora se invoca o conceito de que não existe direito sem lei e sem sancção positiva.

Estes escriptores, que pertencem á escola realista ou ultra-pratica, referem-se manifestamente ao direito internacional publico.

Apparentemente concludentes, as objecções expostas não resistem a uma analyse demorada e séria.

Com effeito, a primeira objecção não sómente equivale a confundir o conteúdo do direito com as fórmas em que elle se concretisa, como diz GRASSO, pois que é sob o impulso do sentimento do direito que os povos empregam quasi sempre a força para o affirmar, mas ainda parece ignorar ou esquecer o progresso de relações pacificas e do sentimento da solidariedade, de que é prova irrecusavel o desenvolvimento de convenções monetarias, postaes, telegraphicas, industriaes etc., que num movimento sempre crescente, prendem os estados.

De que a paz é ainda, na expressão de MOLTKE, um bello sonho não é licito, pois, inferir a inexistencia do direito internacional.

Os argumentos deduzidos da falta d'um poder legislativo que defina, sob a fórma de lei, o direito internacional e d'um

O facto não é para extranhar-se, desde que se attenda convenientemente em que a sciencia juridica in-

---

poder judiciario que o sanccione tambem não demonstram a sua inexistencia.

Invocados principalmente pelos civilistas, aquelle tem o grave defeito de confundir e identificar o direito com uma das fórmas que elle veste no desdobramento da sua energia reguladora.

Com effeito, não só o direito é preexistente á lei que, longe de o crear, apenas o define, mas ainda, antes de attingir a phase evolutiva da lei, se revela sob outras fórmas, como por exemplo, o costume. É o que, em grande parte, acontece com o direito internacional. Além do costume, elle revela-se ainda nos tratados entre as nações e nos Congressos — verdadeiros parlamentos internacionaes.

Por outro lado, esquecem-se os civilistas de que para que um principio juridico tenha caracter positivo basta que elle seja a consequencia necessaria da communidade juridica que o Estado suppõe, ou que resulte de principios communs reconhecidos e transmittidos pela tradição historica e juridica.

O proprio direito de autonomia que possue cada Estado perante os outros Estados e do qual deriva o direito de soberania legislativa sobre os cidadãos suppõe, — diz HOLTZENDORFF, — como proposição primaria a existencia d'uma situação juridica na communidade das nações.

O argumento da falta de sancção judiciaria tambem não tem o valor que á primeira vista poderia attribuir-se-lhe. O direito é preexistente á acção judiciaria; para o affirmar e fazer valer é que esta existe. E, assim como, se, por uma viciosa organisação processual ou por arbitrio despotico dos tribunaes, succeder que um direito seja privado de acção, ninguem dirá que este não existe, assim tambem a falta de sancção judiciaria não auctorisa a proclamação da inexistencia do direito internacional.

O direito constitucional em grande parte, não é tambem, na maioria dos paizes, sancção positiva e real, e todavia não se pode negar-lhe caracter juridico.

Além disso, o direito internacional não é inteiramente des-

ternacional ainda não attingiu a phase da sua constituição definitiva e que os phenomenos internacionaes são os mais plasticos e complexos.

Não é nosso proposito, nem o nosso fim o exige, apresentar num quadro comparativo e synthetico, — que o seu desenvolvimento demandaria volumes, — as variadas e oppostas noções e conceitos elaborados e definidos pelos escriptores.

Delinearemos apenas qual seja, em nosso pensar, o objecto do direito internacional e procuraremos formular o seu conceito fundamental.

Primeiro que tudo, cumpre, para eliminar equivocos e afastar confusões, estabelecer que o direito internacional moderno não é synonymo do *jus gentium* dos romanos.

Este, escreve HOLTZENDORF: — «designait tantôt des

---

pido de sancção. Basta notar os progressos da arbitragem internacional, a auctoridade dos congressos e é de crêr que no futuro ella se organise em bases seguras, dada a tendencia manifesta em todos os estados civilisados da consciencia collectiva para a descoberta d'nma fórma real e absolutamente efficaz de solução dos conflictos internacionaes. Vid. GRASSO, ob. cit.. pag. 8-9. — Cit. *Introduction au droit des gens,* pag. 18-26. PRADIER FODÉRÉ, cit. *Int.*, pag. XII-XIII. FIORE, *L'organisation juridique de la société international* (*Rev. de droit int.*, XXI, pag. 228 e segg.).— *De la sanction juridique du droit international,* apud *Revue de droit international,* vol. XXX, pag. 5-24. — MICEL S. KEBEDGY, *Contribution à l'étude de la sanction du droit international,* apud *cit. Revue de droit intern.*, vol. 29, pag. 113-125.—WEISS, *Traité élémentaire de droit international privé,* Paris, 1890, II edit., *Introduction,* pag. IV-XI. — ERNEST NYS, *Le droit international devant l'histoire,* apud *Revue de droit international,* 1894, pag. 254 e segg., etc.

conceptions juridiques produit de la science et en opposition historique avec le droit national des romains, tantôt des principes prétendûment communs à toutes les nations, mais s'appliquant spécialement aux rapports de droit privé» (1).

Era um direito unico e universal e a sua integral realisação dependia, no pensar dos jurisconsultos romanos, da formação d'um estado que dominasse sobre todo o universo.

Ora, o direito internacional moderno, se deve a sua elaboração principalmente ao lavôr incessante da sciencia e suppõe uma certa communidade de cultura entre as nações, suppõe tambem no dominio das relações privadas a coexistencia de diversos direitos territoriaes, e ainda a sua diversidade.

A propria expressão — direito internacional — indica a coexistencia de nações soberanas e independentes.

A sua fusão num unico estado universal quando fosse possivel, o que aliás não cremos (2), implicaria fatal-

---

(1) Cit. *Introduction*, pag. 8.

(2) A coexistencia das nações — escreve o Sr. Dr. Guimarães Pedrosa — é um facto, e, em nosso entendimento, *fatal, necessario, constante, indefinido,* assim no espaço como no tempo. Ob. cit., pag. 11.

Na verdade, todas as audaciosas tentativas de realisação da sublime chimera do Estado universal se tem pulverisado de encontro a obstaculos absolutamente invenciveis.

Reconhecendo quanto de phantasioso tem as previsões sociologicas que se referem a um futuro longinquo, ousamos, todavia, pensar que a consequencia final da evolução politica será, pelo contrario, uma confederação de pequenos Estados. Cf., entre outros, Vaccaro, cit. ob. *Les bases sociologiques du droit et de l'État,* pag. 469 e segg.

mente o desapparecimento ou, quando menos, enorme reducção no conteúdo do direito internacional (1).

Além d'isso, a acção do direito internacional não se exerce apenas na esphera das relações privadas; antes são principalmente de ordem publica as relações que constituem sua materia prima.

Não deve tambem confundir-se o direito internacional com o direito natural dos metaphysicos, nem mesmo approximar as duas expressões, como fazem alguns escriptores.

O direito natural, em cuja formação a escola metaphysica dispendeu inutilmente um brilhante e assombroso capital de intelligencia e de raciocinio abstracto, é mera creação ideologica, sem correspondencia real no campo dos factos.

A historia comparada tem desmentido inexoravelmente a sua existencia real e concreta; e com o seu fecundo auxilio a psychologia e a sociologia tem demonstrado a genese e evolução social do direito.

E esta demonstração tem-se ampliado á esphera das relações internacionaes e, perante ella, o direito internacional surge como um producto historico da approximação dos povos e do progresso da civilisação, hau-

---

(1) Weiss, ob. cit., pag. 13. Os conflictos de legislações certamente desappareceriam por completo no estado universal quando neste o direito fosse inteiramente uniforme. Ora, mais chimerica ainda que a ideia do estado universal é a uniformidade do direito em todo o mundo, como é intuitivo em face da diversidade de condições physicas, geographicas ou climatericas, ethnographicas, tradições, usos, habitos e costumes; da variedade do desenvolvimento das raças, população, linguas, de organisação social, etc, que existem entre os povos. Vid. Sr. Dr. Guimarães Pedroza, ob. cit., pag. 13.

rindo nesta a sua energia e transformando-se em correlação a ella.

Tem, é certo, um caracter necessario como todo o direito, não porque seja a expressão d'uma lei natural superior, mas porque é a resultante logica e inevitavel da situação respectiva dos Estados na sociedade internacional.

E do mesmo modo é indispensavel rejeitar a fórmula, tão seductora, da identidade entre o direito da humanidade ou do genero humano, como ultimamente o denominou PASQUALE FIORE (1).

Quando outras razões não houvesse, o mesmo tom vago e indefinido das expressões — direito da humanidade ou direito do genero humano — era de si sobejo motivo para nos precavermos contra a sua adopção.

Além d'isso, ou estas expressões exprimam o direito d'um organismo societario que a evolução ha de constituir, ou indiquem o conceito de que a base primordial da organisação do direito internacional é a ideia da união universal dos povos num unico Estado, em nenhuma hypothese definem o objecto, a funcção e o caracter do direito internacional.

---

(1) KLÜBER, *Droit des gens modernes de l'Europe*, pag. 3. «La denomination actuelle — escreve FIORE — ne correspond pas exactement à l'idée qu'on a l'intention d'exprimer. Le mot —*Droit international*—désigne le droit entre nation et nation, le droit entre États; le terme — *Droit des gens* — est préférable; mais il vaudrait mieux encore, pour indiquer plus exactement le but de la science, se servir du terme — *Droit du genre humain* — que est le terme collectif, embrassant cette grande république formée par tous les êtres considérés individuellement ou existant sous la forme d'individualités collectives». *L'organisation juridique de la société internationale*, apud cit. *Revue de droit international*, vol, XXXI, pag. 215.

Não é necessario demonstrar que a grandiosa concepção de COMTE e WYROUBOFF ácerca do organismo humanitario é ainda, pelo menos, prematura, pois que a sua inexistencia actual é indiscutivel. E, sem embargo da crença de LILIENFELD, releve-se-nos a ousadia da previsão de que o organismo humanitario nunca sahirá da região da chimera para a realidade concreta e positiva (1).

Conseguintemente, definir direito internacional pelo direito da humanidade vale o mesmo que querer determinar a natureza, valor e alcance duma incognita por outra, verdadeiramente mysteriosa e absolutamente inaccessivel.

Na segunda hypothese, não se evitam os escolhos da primeira. Permanece sempre insoluvel o problema da determinação do seu objecto e conteúdo. E não se julgue tambem que a existencia do direito internacional depende necessariamente do estabelecimento d'uma legislação e d'um poder judiciario superiores á legislação e poderes politicos de cada Estado.

A resposta, ainda que breve e succinta, que já démos ás objecções d'aquelles que, baseados na falta de lei e de sancção, impugnam a existencia do direito internacional, categoricamente demonstra o contrario.

---

(1) Para PAUL DE LILIENFELD, a formação do organismo humanitario, num futuro mais ou menos longiquo, é indubitavel. «On ne saurait douter — escreve — que, dans un avenir plus ou moins éloigné, l'humanité entière ne forme un grand tout organique dont les parties seront réunies, d'une manière plus ou moins étroite, à une force centrale que représentera, sous une forme quelconque, les tendances et les idées de l'humanité comme unité. *La pathologie sociale,* Paris, 1896, *Introduction,* pag. XXII.

E crêmos até com HOLTZENDORFF que a subordinação dos Estados a um poder universal central, quando possivel, não favoreceria em demasia o desenvolvimento do direito internacional nem garantiria seguramente o seu aperfeiçoamento.

Mais efficaz se nos antolha a approximação voluntaria de Estados, cuja cultura e civilisação seja identica na indole e de intensidade egual ou quasi egual.

Finalmente, se por — direito da humanidade — se quer designar esse conjuncto de generosos e bellos principios que a evolução social, em seu movimento ascensional de progresso, tem produzido e integrado na consciencia dos povos civilisados e que a revolução franceza definiu na immortal Declaração dos direitos do homem, reconhecemos a sua influencia no desenvolvimento do direito internacional, mas contestamos que elles o constituam.

Postas estas ligeiras observações, definamos a funcção, objecto e os limites positivos do direito internacional.

Em rigor, na sociedade internacional, a personalidade juridica é apanagio exclusivo dos Estados (1); e, por isso, póde á primeira vista parecer logica e irrecusavel a conclusão de que sómente as relações *directas* entre os Estados constituem o objecto do direito internacional.

E, com effeito, assim pensam muitos escriptores que

---

(1) Contra a opinião geral de que só os Estados são sujeitos do direito internacional insurge-se vigorosamente PASQUALE FIORE no já citado artigo *L'organisation juridique de la société internationale* e na sua notavel obra intitulada — *Diritto internazionale codificato e la sua sanzione juridica* (2.ª edição, 1998).

ligam a denominação do direito internacional só ao conjuncto de normas reguladoras das relações entre os Estados e excluem da sua esphera as normas juridicas reguladoras das relações entre cidadãos de Estados diversos ou do mesmo Estado em paiz extrangeiro e ainda aquellas que respeitam a relações, originadas em factos criminosos, entre o Estado e cidadãos extrangeiros ou nacionaes, quando a actividade antisocial d'estes se desenvolva em paiz extrangeiro.

Isto é, não pertenceriam ao direito internacional os ramos juridicos que vulgarmente se chamam direito privado internacional e direito penal internacional, pela razão peremptoria e terminante de que não regulam relações entre os Estados.

Porém, quando no justificado intuito de determinar com mais precisão qual seja no pensar d'estes escriptores o objecto do direito internacional, investigamos qual a natureza das relações entre os Estados sobre que se exerce a acção reguladora d'aquelle, descobrimos duas correntes.

A maioria attende apenas ou principalmente ás relações que se geram entre os Estados, considerados como personalidades juridico-politicas independentes; e se, porventura, toma em consideração as relações tradicionalmente chamadas de indole privada, integra-as, juntamente com aquellas, no mesmo conceito unitario do direito internacional, sem d'ahi inferir divisão no seu conteúdo; Eduardo Cimbali e aquelles que o seguiram ensinam terminantemente que materia prima do direito internacional são *todas* e *só* as relações, seja qual fôr a sua indole e a qualidade em que intervenham os Estados, que entre estes se formam, e baseados na sua diversa indole, dividem o direito internacional em *publico, privado* e *penal,* conforme-

mente á indole publica, privada ou penal das relações que se formam directamente entre os Estados.

Ao conjuncto das normas reguladoras das relações de indole privada ou penal cujo sujeito sejam os cidadãos extrangeiros dá respectivamente este escriptor as denominações de—direito privado do extrangeiro e direito penal do extrangeiro (1).

Suggestivo e, na apparencia verdadeiro, o conceito exposto é, todavia, incompleto. Os escriptores que o perfilham deixaram-se seduzir pelo facto apparente e, por isso, a analyse que fizeram das relações entre os Estados resultou incompleta.

Temos, é certo, por verdadeiro, apesar da opinião contraria de FIORE (2) e de BONFILS (3) o principio de que o homem não é sujeito de relações juridicas internacionaes, pois que, como justamente observava ALPHONSE RIVIER: — «il n'a de droit international qu'en qualité de citoyen d'un État et par l'intermédiaire de cet État» (4), e conjunctamente acceitamos a doutrina de que unicas pessoas juridicas em direito internacional são os Estados; mas admittimos tambem que, além das relações directas entre os Estados, são objecto d'aquelle direito as relações entre cidadãos de Estados differentes ou do mesmo Estado em paiz extrangeiro, e ainda aquellas que se geram entre a personalidade d'um Estado e os cidadãos d'outros Estados. A razão é simplicissima e, em nosso entender, decisiva.

---

(1) EDUARDO CIMBALI, *Dal una nuova denominazione del cosidetto diritto internazionale privato e dé suoi effeti fondamentali*, II ediz., Roma, 1893, pag. 9-16.

(2) *L'organisation juridique de la société internationale*, já cit.

(3) *Manuel de droit international public*, Paris, 1894.

(4) *Revue de droit international*, 1895, pag. 120.

Todas estas relações implicam juridicamente uma relação entre os Estados.

Com effeito, não póde nem deve esquecer-se que são cidadãos, e não simples individuos, aquelles entre os quaes ellas se estabelecem; que a vida juridica dos cidadãos é, na sua actuação e desenvolvimento, regulada por normas definidas pelos respectivos Estados e que, por consequencia, as relações juridicas entre cidadãos de Estados diversos implicam sempre, quanto á determinação do direito applicavel, um problema, delicado e gravissimo, de delimitação dos confins de applicação das leis dos Estados respectivos, isto é, um problema de delimitação de soberanias, sob o ponto de vista legislativo.

O mesmo succede nas relações entre cidadãos do mesmo Estado em paiz extrangeiro. Duas soberanias se encontram sob o ponto de vista legislativo em conflicto: — a nacional e a territorial; — no mesmo ponto de convergencia: — a relação juridica.

E com maior evidencia isto se nota naquellas relações que se formam entre um Estado e os membros d'outro Estado.

Ora, tal delimitação resulta impossivel, quando se queira fazer em face dos principios do direito interno de cada paiz.

É absolutamente indispensavel recorrer aos principios fundamentaes que regulam as relações entre os Estados, como são, entre outros, o direito de conservação, a egualdade juridica, a personalidade independente, o commercio mútuo (1).

---

(1) Vid. DESPAGNET, *Précis de droit international privé*, III édition. Paris, 1899, pag. 2 e 12; e *D'une nouvelle dénomi-*

E tanto isto é verdade e se impõe tão fortemente que o proprio CIMBALI, apesar de se insurgir contra a denominação — internacional — dada ao conjuncto de normas juridicas reguladoras das relações privadas entre cidadãos de Estados differentes ou das originadas em factos criminosos praticados por cidadãos d'um Estado contra cidadãos d'outro, ensina que o criterio da definição d'estas normas só o póde fornecer o direito internacional e não o direito interno e privativo de cada paiz, e que tanto o direito privado do extrangeiro como o direito penal do extrangeiro formam capitulos do direito internacional (1).

Do que fica exposto, infere-se claramente a noção de direito internacional que defendemos. Definil-a-emos pela seguinte fórmula: — *complexo de normas que regulam e garantem as relações directas ou indirectas entre os Estados* (2).

7. As relações entre os Estados têm, como resulta da

---

nation de ce qu'on appelle Droit international privé et de ses effets fondamentaux, apud *Journal du droit international privé et de la législation comparée,* tom. 25, 1898, pag. 5-22. — WEISS, ob. cit., *Introduction.*

(1) Ob. cit., pag. 16-21.

(2) Cf. WEISS, ob. cit., *Introduction.* — SURVILLE e ARTHUIS, *Cours élémentaire de droit international privé.* Paris, 1900, *Introduction,* pag. 6 e segg. — FOELIX, *Traité du droit international privé.* Paris, 1856, vol. I, pag. 1-4. — PRADIER FODÉRÉ, *Introd.* cit. — ALPHONSE RIVIER, *Principes du droit des gens.* Paris, 1896. — HOLTZENDORF, cit. *Droit des gens,* pag. 6-8. — ERNEST NYS, *Le concert européen et la notion du droit international,* apud *Revue de droit international,* 1899, pag. 273.

Note-se que, quando fallamos em Estados nos referimos aos civilisados.

exposta noção de direito internacional, genese dupla; ora, são os Estados que directamente entre si determinam as condições de sua coexistencia e desenvolvimento, ora é um facto practicado pelas collectividades ou pelos cidadãos que os compõem que os põe em relação.

E como a actividade d'estes nem sempre se manifesta em actos regulares, antes muitas vezes aggride as condições de vida e desenvolvimento social, do conteúdo geral do direito internacional desintegra-se com individualidade caracteristica um ramo juridico com o fim de regular as relações assim formadas.

Este ramo juridico é geralmente conhecido pela designação de direito penal internacional (1). O seu fim

---

(1) É esta a designação usada por Fiore, *Traité de droit penal international et de l'extradiction*, trad. par Charles Antoine. Paris, 1880.—Biagio Sole, *La legge penale nello spazio ovvero Diritto penale internazionale*, Prato, 1870.—Manducca, *Nuovo codice penale italiano e i suoi criterii organici, apud Completo trattato teorico e pratico de diritto penal*, compilato por Pietro Cogliolo, parte I, vol. I, pag. 434, etc. —Vid. tambem Cimbali, ob. cit., pag. 15.

Quasi todos os escriptores de direito internacional, na introducção ou no primeiro capitulo das suas obras, versam o problema da divisão d'este direito e alludem ao logar ocupado pelo direito penal internacional.

O criterio fundamental da divisão que ordinariamente, em obediencia á tradicional divisão romana, é feita em dois ramos geraes: publico e privado; é ou o sujeito da relação juridica ou, mais frequentemente, a indole do interesse que aquella é destinada a garantir.

Feita esta divisão geral, os escriptores procedem á integração em cada um dos ramos juridicos fundamentaes dos diversos grupos de normas juridicas.

Segundo uns, como Wheaton, *Éléments de droit interna-*

é assegurar, quanto possivel, as condições de existencia da sociedade internacional, garantindo ao mesmo

---

tional, II édit., Leipzig, 1852, tom. I, pag. 101;—PIMENTA BUENO, *Direito internacional privado*, Rio de Janeiro, 1863, n.os 4 e 5;—FOELIX, *Traité de droit international privé*, IV ed. París, 1866, pag. 2;—BROCHER, *Cours de droit international privé*, tom. I, pag. 21 e 22;—WESTLAKE, *Revue de droit international*, 1880, pag. 27;—BUSTAMENTE, *Tratado de derecho internacional privado*, Havana, 1896; — SR. DR. LUCAS FALCÃO, *Dissertação inaugural*. Coimbra, 1868, pag. 52 e 53; e *Dos principios geraes do direito internacional*, apud *Revista de legislação e de jurisprudencia*, vol. I, pag. 76, o direito penal internacional pertence ao direito privado.

Segundo outros, como RENAULT, *Introduction à l'étude du droit international*, Paris, 1879, pag. 26;—DESPAGNET, *Précis de droit international privé*, III éd., Paris, 1899, n.º 8, pag. 14 e 15; e entre nós o SR. DR. GUIMARÃES PEDROZA, ob. cit., pag. 7, nota (7), pertence ao direito internacional publico.

Escriptores ha tambem, como WEISS, ob. cit., Introd. pag. XXXV;—SURVILLE e ARTHUYS, *Cours élémentaire de droit international privé*, Paris, 1900, Introd., pag. 9-10;—V. DE BAR, *Esquisse du droit international privé*, trad. por WEISS, 1887, pag. 289 e nota 1;—ASSER e RIVIER, *Éléments de droit international privé*, Paris, 1884, pag. 5, que, embora acceitem a divisão do direito internacional em direito publico e direito privado, não integram em nenhum d'elles o direito penal.

Baseados em que, se por um lado garante interesses geraes, por outro assegura e defende interesses particulares, fazem d'elle um ramo autonomo e distincto.

Apesar de muito seguida, a divisão do direito em publico e privado é, todavia, indiscutivelmente falsa, como reconhecem alguns dos mesmos escriptores que a acceitam.

Com effeito, — escreve o SR. DR. MARNOCO e SOUSA — ou se tome por criterio differencial de tal distincção o sujeito das relações juridicas, como faz KIRKMANN, ou o fim das normas reguladoras d'essas relações, como faz D'AGUANNO, ou as consequencias da violação das regras juridicas, como faz THON, ou a natureza do direito, como faz DEL GIUDICE, não pode

tempo cada uma das personalidades juridicas que a compõem, pela definição de principios e regras que assegurem a punição de todos os delinquentes e definam claramente a esphera de competencia de cada uma das leis penaes dos Estados soberanos.

O seu objecto não é, pois, a organização d'um systema de principios que, superior á lei penal de cada estado, defina os elementos constitutivos da infracção e regule, independentemente d'aquella, a punição respectiva.

O vinculo que prende os Estados na sociedade internacional não é da mesma natureza que aquelle que liga os cidadãos ao Estado. Aqui é de subordinação, além de cooperação.

---

haver duvida de que todo o direito apresenta sempre, sob qualquer d'estes aspectos, um lado publico e um lado privado. *Execução extra-territorial das sentenças civeis e commerciaes*, pag. 19.—Cf. Sr. Dr. Abel d'Andrade, *Critica financial*, nota (1) á pag. 32.

Em rigor, todo o direito, porque representa uma garantia de funcções sociaes, é essencialmente publico.

A verdadeira base da divisão do direito estaria numa exacta classificação das funcções sociaes. Entretanto, tal classificação ainda está por fazer, pois não podem considerar-se classificações definitivas e exactas as tentativas mais ou menos brilhantes que neste sentido têm sido feitas, nem mesmo as de Greef e do Sr. Dr. Garcia, porventura as menos incoherentes e mais profundas de todas ellas.

E, como por nossa parte não conhecemos fórmula segura considerando, por isso, actualmente insoluvel o problema da determinação do logar que na divisão do direito deve occupar o direito penal internacional, preferimos omittir no texto a discussão do assumpto e emanciparmo-nos dos tradicionaes criterios de divisão do direito. Quando, porém, os acceitassemos, collocariamos o direito penal no direito publico, pois que as relações criminaes são de indole publica.

Os Estados mantêm na sociedade internacional a sua personalidade independente; são juridicamente eguaes entre si; e, acima d'elles, não ha nenhum poder central subordinante.

Cada Estado, no interesse da sua conservação e defeza, possue uma lei penal, em que define os factos que atacam as suas condições de existencia e ao mesmo tempo estabelece as penas respectivas.

Ora, o direito internacional não póde esquecer isto, pois que é na coexistencia de leis penaes diversas que elle haure a razão da sua propria existencia.

Por isso, a funcção do direito penal internacional consiste principalmente em definir os confins de applicação da lei nacional de cada Estado, prevenindo e resolvendo os conflictos que surjam entre elles, e por este meio e pela organização d'um bom systema de cooperação internacional, assegurar a repressão conveniente de todos os crimes.

É certo que, praticamente, esta funcção é realisada pelo legislador de cada paiz. D'aqui não pode, todavia, inferir-se, como entre outros, fazem MACRI, SIGNORELLI, PUGLIA e MICELI que o chamado — direito penal internacional — não é mais que um capitulo do direito publico interno de cada Estado.

Na definição das regras e principios juridicos applicaveis a extrangeiros ou nacionaes em paiz extrangeiro, o legislador não deve inspirar-se exclusivamente nos suppostos interesses egoistas do Estado nacional, mas nos criterios do direito internacional.

O assumpto não lhe respeita exclusivamente; pelo contrario, interessa a todos os Estados.

Demais, o proprio interesse egoista dos Estados assim o exige, pois que a sua vida social e politica é uma serie de acções e reacções reciprocas, o seu desen-

volvimento dia a dia se torna mais parallelo e mais solidarios os seus interesses.

Finalmente, como diz CIMBALI — «il diritto de legislazione privata e criminale che per Diritto internazionale appartiene a ciascuno Stato, conferisce a questo il potere di disporre dei cittadini che sono suoi, non *di quelli che non gli appartengono. E cittadini che non gli appartengono sono gli stranieri* (1).

D'est'arte, é inteiramente destituida de fundamento e retrogada, a opinião, segundo a qual o chamado — direito internacional — seria apenas um capitulo do direito publico interno.

Qual é, porém, o seu objecto e noção?

Na funcção que attribuimos ao direito penal internacional ficaram implicitamente indicados o seu objecto e os elementos constitutivos da sua noção.

Aquelle consiste em definir a esphera jurisdiccional da lei penal de cada Estado de maneira a subministrar criterios para resolver e prevenir os conflictos que a proposito d'um facto criminoso praticado em territorio nacional por um extrangeiro, em territorio extrangeiro por um nacional ou conjunctamente em territorio nacional e extrangeiro por um nacional ou extrangeiro, surjam entre diversas soberanias, e determinar ainda as condições de auxilio e cooperação que reciprocamente os Estados se devem prestar na punição dos criminosos que, fugindo á acção da lei penal competente, vão procurar em territorio extranho o asylo da impunidade.

D'aqui a seguinte noção de direito internacional:— *conjuncto de principios e normas que definem a esphera*

---

(1) Ob. cit., pag. 84.

de competencia e jurisdicção penal de cada Estado na sociedade internacional, e determinam as condições de cooperação dos Estados na repressão dos crimes (1).

Segundo EDUARDO CIMBALI, o verdadeiro objecto do direito penal internacional são as relações de ordem penal que se formam entre os Estados por virtude crimes commettidos directamente entre elles, considerados qua taes.

Ao que geralmente se chama — direito penal internacional — dá este escriptor a designação de — direito penal do extrangeiro, — pois que, em sua opinião, só têm caracter internacional as relações, cujo sujeito directo são os Estados.

Pondo de parte a incoherencia em que incorre CIMBALI quando, depois de negar aspecto internacional ao que elle chama — direito penal do extrangeiro — vae procurar os criterios de sua definição e organização ao direito internacional, e cingindo-nos apenas á noção que elle dá de direito penal internacional, observaremos que não é só manifesta a impossibilidade contemporanea da sua actuação, que durante muito tempo, senão sempre, se protrahirá, mas briga ainda abertamente com o principio, em nosso entender certo, de que não deve attribuir-se responsabilidade criminal aos entes collectivos.

É certamente desejavel a constituição d'um poder que garanta efficazmente a coexistencia dos direitos dos Estados na sociedade internacional, defenden-

---

(1) Cf. noções de VON BAR, *Esquisse du droit international privé*, apud *Journal de droit international privé*, 1887, pag. 259, e de GRASSO, ob. cit., pag. 221.

do-os de quaesquer aggressões e obrigando cada Estado a manter-se dentro dos verdadeiros limites da sua soberania; mas, acreditando por um momento nesse bello ideal, talvez chimerico, julgamos que nunca, a titulo de responsabilidade penal, esse poder se imporia aos Estados.

A propria soberania d'estes oppor-se-ia muitas vezes a isso; e em todo o caso, sempre a sua indole collectiva.

Mas, quando a concepção de CIMBALI fosse admissivel, nunca se poderia applicar uma das penas que elle preconisa: — a interdicção do exercicio do direito de soberania; — pois isto, além de ser uma violencia inqualificavel, valeria o mesmo que incorrer o poder penal mais ou tanto, conforme os casos, no mesmo crime que pretendia punir (1).

8. O direito penal internacional comprehende duas ordens de problemas fundamentaes. Um consiste na determinação da competencia penal internacional de cada Estado; e outro na definição dos principios que devem presidir á organisação da cooperação internacional na punição dos delinquentes, isto é, tem por objecto os institutos do asylo e da extradicção.

O primeiro problema, que é theoricamente o principal, assume dois aspectos, quando considerado em toda a sua generalidade.

Sob o primeiro aspecto, consiste em determinar a esphera de applicação de cada lei penal, sob o restricto ponto de vista do crime e da pena respectiva, isto é, em resolver e prevenir os conflictos de *repressão,* como

(1) Ob. cit., pag. 14-16; 41-49; e 106-111.

os denomina MAURICE BERNARD (1), ou de *legislação*, segundo a designação de GARRAUD (2).

Sob o segundo aspecto, tem por fim definir os effeitos e condições de execução dos actos de processo e das sentenças penaes fóra do paiz em que aquelles foram realisados e estas proferidas, isto é, resolver os conflictos de execução, como diria MAURICE BERNARD (3).

Comquanto estejam intimamente ligados e seja vantajosa a sua analyse na mesma obra, neste trabalho procuraremos apenas contribuir com o nosso modesto esforço para o estudo de tão delicado quão attrahente problema fundamental do direito penal internacional, considerado sob o primeiro aspecto.

Desnecessario seria, talvez, indicar conjunctamente a difficuldade e importancia do assumpto que nos vae occupar.

Aquella patentêa-se clara e immediatamente a quem por momentos se detiver a contemplar, por um lado, o emmaranhado e confuso complexo de principios e doutrinas que se entrechocam e combatem ácerca do fundamento do direito social de punir e não esquecer, por outro, a delicadeza extrema que reveste, sob o aspecto internacional, o problema da soberania do Estado.

E a sua importancia resulta não menos clara e sugestiva da frequencia sempre crescente dos factos cri-

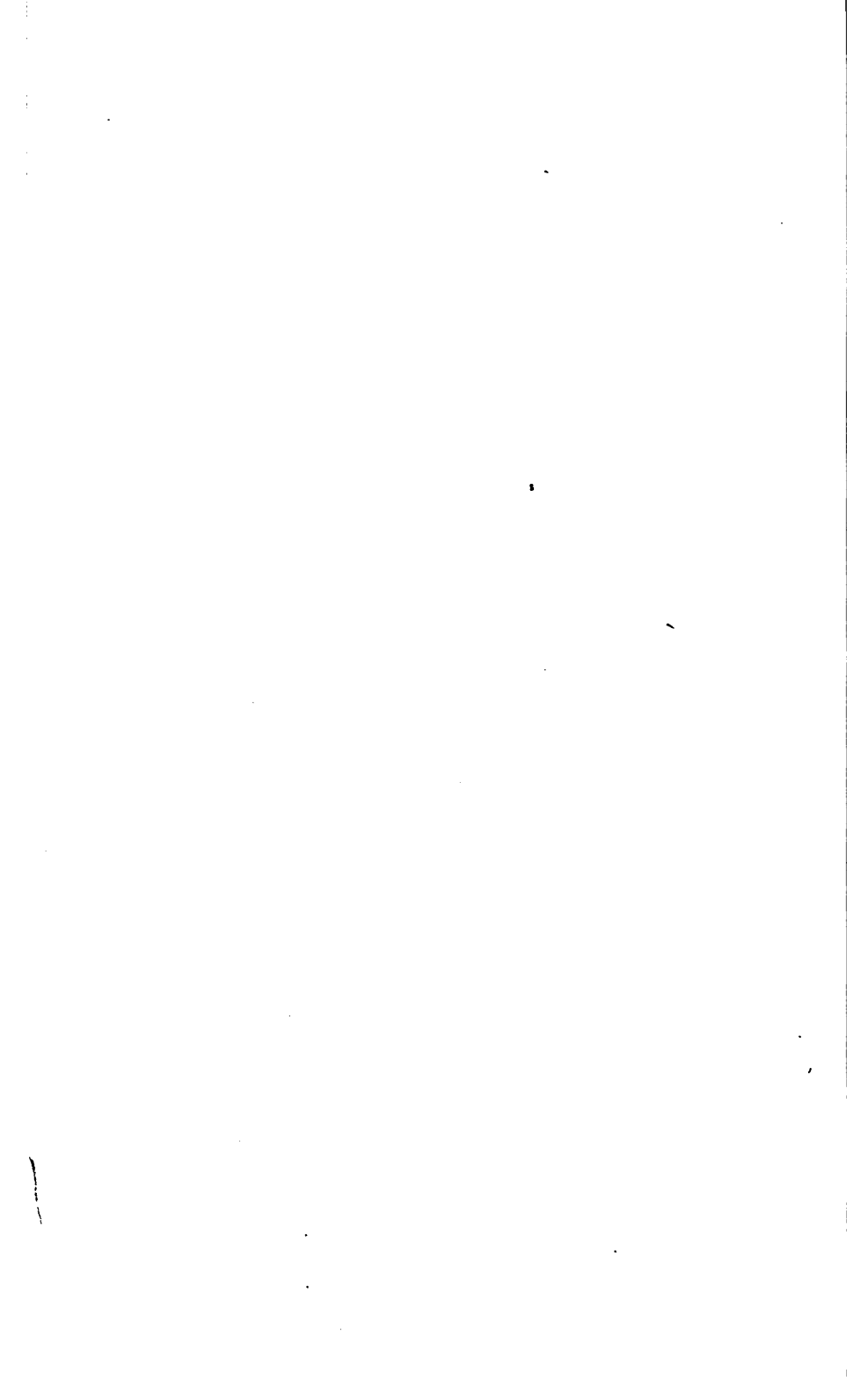
---

(1) *Des conflit de souverainetés en matière penale*, Paris, 1901, pag. 7.

(2) *Traité théorique et pratique du droit penal français*, Paris, 1888, tom. I, pag. 237.

(3) Ob. cit., pag. 7.

minosos que põem em contacto e em conflicto soberanias distinctas e diversas e da imperiosa necessidade de elles serem resolvidos de maneira que, sem offensa da soberania de cada Estado, á ubiquidade da infracção se contraponha a ubiquidade da repressão, pois que, se não é inteiramente exacto o dizer-se com BECCARIA que o crime desapparecia em breve no momento em que os delinquentes alcançassem a certeza de não encontrarem no mundo uma terra que lhes fôsse asylo seguro, temos por axiomatico depender da certeza da applicação da pena a coacção psychologica que esta visa a integrar na consciencia collectiva e individual.

DA COMPETENCIA PENAL INTERNACIONAL
SEGUNDO A LEI PORTUGUEZA

CAPITULO I

Da competencia penal internacional nas legislações dos povos: breve esboço historico

---

Summario: — 1. Observação preliminar. — 2. Caracter da lei penal entre os povos primitivos. — 3. Entre os povos orientaes. — 4. Na Grecia. — 5. Em Roma. — 6. Na Edade Media. — 7. Nas legislações modernas até á epoca da codificação. — 8. Depois da codificação.

1. Em rigor, póde dizer-se que o moderno problema da esphera de competencia e de jurisdicção da lei penal sob o ponto de vista internacional só na Edade Media se esboçou com clareza perante a consciencia legislativa do Estado.

Anteriormente a esta epoca, nem os legisladores nem os jurisconsultos o sentiram vigorosamente ou definiram. A isso obstavam multiplos e variados factores, entre os quaes destacaremos, além do isolamento que durante muito tempo separou os povos, o odio implacavel e feroz que reciprocamente se votavam, as profundas differenças de civilisação e ainda a forte consciencia que cada um d'elles tinha da sua superioridade sobre os outros.

Não podia haver verdadeiro conflicto de leis numa epoca em que ao extrangeiro se negava absolutamente ou, pelo menos, se restringia, até quasi á negação, a personalidade juridica.

Dos dois factos primordiaes que, segundo MAURICE BERNARD podem caracterisar a vida juridica das nações modernas: a sua organisação em Estados, isto é, em soberanias politicas distinctas e a penetração cada vez mais profunda que se opera entre os Estados sob o ponto de vista juridico (1) existia apenas o primeiro.

Entretanto, se a competencia penal internacional é, como problema juridico, producto da elaboração da edade media, como facto ella devêra apresentar-se no mundo antigo, dada a coexistencia de diversas soberanias e, consequentemente, de legislações penaes e a pratica de factos criminosos em territorio d'um Estado por cidadãos d'outro Estado.

Posta esta observação, porventura dispensavel, delineemos a esphera da competencia internacional da lei penal atravez a historia.

2. Entre os povos primitivos a lei penal devia ser *territorial*, isto é, applicar-se exclusivamente ás infracções commettidas dentro do territorio occupado pelo grupo politico social, cujas condições de vida ella visava a defender e garantir.

Assim o asseveram CARRARA (2) e PASQUALE FIORE (3),

---

(1) Ob. cit., Introd., pag. 1.

(2) Nei tempi primitivi, lo stato di antagonismo e quasi di guerra, in cui vivevano le nazioni fra loro, dovette far prevalere il sistema della territorialità, come limite insuperabile del giure penale. (*Programma del corso di diritto criminale*, VIII ed., Firenze, 1897, parte generale, vol. 2.º, § 1035, pag. 563).

(3) «Avant que la civilisation et le commerce eussent eu

e com effeito é o que se deduz do estado de antagonismo e de guerra em que os povos viviam e do profundo egoismo que os caracterisava.

Indifferentes ao que se passava fóra do seu territorio, não é de crer que os interessassem os crimes ahi commettidos. Apenas um caso de excepção se póde conjecturar: o de a victima ser nacional.

A estreita solidariedade que prendia os membros da mesma agremiação societaria leval-a-hia, porventura, neste caso a guerrear o grupo politico extrangeiro a fim de vingar a offensa recebida e é presumivel que, a breve trecho, para evitar os males da guerra entre os grupos mais fracos surgisse, aqui e além, a ideia e o costume de entregar o delinquente á vingança do grupo, offendido na pessoa de um dos seus membros (1).

O alcance d'esta excepção, baseada no medo, devia, porém, ser restricto e, em todo o caso, pela sua indole especial não invalidava o principio geral da competencia territorial da lei penal.

Se quizessemos ou fôsse util para o nosso intento demorarmo-nos mais no campo das conjecturas, pode-

---

pour effet d'établir des relations entre les diverses nations, et de substituer aux sentiments d'égoisme et d'isolement ceux de solidarité et de communauté, il était naturel que chaque État dût rester indifférent à ce qui se passait à l'étranger, et notamment aux délits qui y étaient commis». *Traité de droit penal international et de l'extradition*, cit., I partie, pag. 33.

(1) É o que actualmente, segundo affirma VACCARO, succede entre os Esquimós de Kamtchatka e os pequenos clans dos Pelles-Vermelhos. (*Les bases sociologiques du droit et de l'État*, cit., pag. 212).

riamos ainda dizer que de facto a lei penal incidiria apenas sobre os crimes commettidos entre membros do mesmo grupo politico.

Com effeito, por um lado o isolamento em que viviam os povos devia tornar rarissimas as infracções em territorio extranho; e por outro lado, o odio ao extrangeiro, negando-lhe a personalidade juridica, collocava-o inteiramente fóra da lei.

3. Hypotheses analogas ás que acabamos de formular podemos estabelecer com respeito ás theocracias orientaes. Causas analogas devem produzir effeitos analogos.

Ora, como diz Grasso: «la legge dell'antichità fu l'isolamento». E se é licita a presumpção de que a antiga e inflexivel energia do odio ao extrangeiro dos povos primitivos devia com o decurso do tempo enfraquecer-se, é inegavel tambem que a sua acção se exerceu ainda sufficientemente forte para triumphar de todos os factores que então tendiam a approximar os povos.

Além d'isso, nas theocracias orientaes cada povo, como já noutro logar tivemos occasião de dizer, se julgava o filho predilecto da divindade e centro e fim do mundo.

4. Na Grecia tambem a lei penal era territorial; e a sua acção extendia-se aos extrangeiros, como é licito inferir do seguinte texto das leis de Platão: «Tous les différends qui pourraient survenir à leur occasion (dos extrangeiros), soit que l'on commette quelque injustice à leur égard, ou qu'eux mêmes en commettent à l'egard d'autrui, seront décidés par les prêtres, lorsque le tort ne passera pas cinquante drachmes; s'il

va au delà, la décision en appartiendra aux échevins» (1).

5. Com maior segurança podemos delinear o systema da lei penal romana, quanto á sua applicação no espaço. Menos escassos e mais seguros são os elementos que possuimos.

É certo que algumas leis como as L. 7, §§ 4, 5, *De accus. et inscript.*, Dig. 48, 2 (2); L. 28, § 13, *De poenis*, Dig. 48, 19 (3); L. 3, *De off. praes.*, Dig. 1, 18 (4); L. 22, Dig., lib. IX, tit. II, *De accusati* (5) e L. II, Cod. lib. III, tit. XV, *Ubi de crimine agi oporteat* (6), nas

---

(1) *Les lois de Platon*, liv. XII. pag. 372 e segg., cit. por BIAGIO SOLE, ob. cit., pag. 75.

(2) Idem Imperator rescripsit, servos ibi puniendos, ubi delinquisse arguantur, dominumque eorum, si velit eos defendere, non posse revocare in provinciam suam, sed ibi oportere defendere, ubi delinquerint.

Suum sacrilegium admissum esset in aliqua provincia, deinde in alia minus crimen, Divus Pius Pontio Proculo rescripsit postquam cognoverit de crimine in sua provincia admisso, ut reum in eam provinciam remitterit, ubi sacrilegium admisit.

(3) Famosos latrones in his locis, ubi grassati sunt, furca figendos, compluribus plausit, ut et conspectu deterreantur alii ab iisdem facinoribus, et solatio sit cognatis et affinibus interemtorum eodem loco poena reddita in quo latrones homicidia fuissent.

(4) Habet interdum (Praeses) imperium et adversus *extraneos* homines, si quid manu commiserint; nam et in mandatis Principum est, ut curet is, qui provinciae praeest malis hominibus provinciam purgari, nec distinguitur, unde sint.

(5) Alterius provinciae reus apud eos accusatur et damnatur apud quos crimen contractum ostenditur.

(6) Quaestiones eorum criminum, quae legibus, aut extra ordinem exercentur ubi commissa vel incoata sunt, vel ubi reperiuntur qui rei esse perhibentur.

quaes alguns escriptores quizeram entrever principios reguladores da competencia penal internacional, indicam apenas os criterios de delimitação da jurisdicção penal dos magistrados provinciaes.

Mas, além de que já do contexto das leis indicadas se infere a influencia do principio territorial, textos de diversos escriptores fornecem elementos para definir com certa precisão a esphera da competencia penal da lei romana (1).

Era conjunctamente territorial e pessoal.

O orgulho romano, ao mesmo tempo que julgava inviolavel o seu territorio, exigia que á qualidade de cidadão romano andasse sempre e em toda a parte inherente a sua lei nacional.

Era por isso applicavel: 1.º a todos os crimes commettidos no territorio romano, quer o infractor fôsse *peregrinus* ou *civis* (2); 2.º a todos os que fóra do territorio fossem commettidos por um *peregrinus* contra um *civis*, ou por este contra outro *civis* e ainda, quando o poder de Roma augmentou, contra um *peregrinus*.

6. Como é sabido, quando os barbaros do norte invadiram e a golpes de espada talharam sobre o vasto territorio do imperio romano os seus respectivos Es-

---

(1) VAL. MAX. IV, 1, 15; II, 7, 15; — LIV. VI, 17; — DION. II, 37, 51, 72; III, 37, 39; IV, 50 e V, 50; — POLYB. XXIII, 13, 14, cit. por PESSINA, *Elementi di diritto penale*, Napoli, 1882, vol. I, pag. 103, nota (1).

(2) Ao principio, segundo informa PESSINA, os crimes commettidos por um romano contra um *peregrinus* ou por este contra aquelle eram punidos segundo a lei penal da victima e, para este effeito, pedia-se em harmonia com o *jus fetiale* a entrega do delinquente. (Ob. cit., pag. 103).

tados, começou de florescer o regimen das *leis pessoaes*.

No mesmo territorio sujeito á mesma soberania coexistiram diversas leis nacionaes e vigorou o principio de que a actividade social e juridica de cada individuo devia, em qualquer territorio, ser regulada pela lei da sua nacionalidade de origem.

D'est'arte, a lei penal, assim como as outras leis, assumiu caracter exclusivamente pessoal (1).

Mas é facil ver que o crime praticado entre individuos sujeitos a leis differentes punha em conflicto as leis nacionaes do delinquente e da victima.

Como resolveram as legislações barbaras o conflicto? Qual d'ellas seria, nesta hypothese, applicavel?

A propria lei do offensor, responde PESSINA: — *Cias-*

---

(1) Chez les Barbares — escreve LAURENT — la loi personnelle était la loi nationale de chaque homme; de sorte que, dans le royaume des Franks, il y avait autant de lois diverses que d'hommes appartenant aux diverses tribus ou nations bien que tous fussent membres d'un seul et même empire. *Et ces lois personnelles étaient applicables en toute matière, même aux délits;* le Frank était régi en toutes choses par la loi de sa tribu, la loi salique ou la loi ripuaire; il en était de même de ceux qui appartenaient à d'autres tribus barbares, ainsi que des gallo-romains ou des italiens.

....

Aujourd'hui il n'y a qu'un seul Code pénal pour toute la France, *tandis que sous le régime des Barbares il y avait cinq ou six Codes différents pour les hommes de race franque, allemande, lombarde, bourguiguonne et gothique.* (*Le droit civil international*, I, n.° 168). Vid. LAINÉ, *Le droit international privé en France, considéré dans ses rapports avec la théorie des Statuts*, apud *Journal du droit international privé et de la législation comparée,* tom. 12.°, 1885, pag. 134-135.

cumo fu punito secondo la propria legge in qualunque territorio avesse commesso il fato punibile (1).

Biagio Sole ensina, porém, que pela constituição dos Francos os delictos eram punidos segundo a lei pessoal da victima, e em prova da sua opinião cita o seguinte texto da mesma constituição: «Sicut consuetudo nostrorum est, ut Langobardus vel Romanus si evenerit quod causam inter se habeant, observamus ut populus Romanus successionem eorum juxta suam legem habeant. Similiter et omnes conscriptiones juxta suam legem faciant. Et quando jurant, juxta suam legem jurent. *Et quando componunt, juxta legem cui malum fecerint componant. Et de Langobardis similiter convenit componere»* (2).

Não possuimos elementos para derimir o pleito.

Conjecturamos, todavia, que tanto uma como outra lei teriam, aqui e além, applicação mais ou menos restricta.

A edade media é uma epocha avessa ás regras geraes; ao contrario da epocha actual, caracterisada pelo predominio de normas fixas e unitarias, distingue-se pela coexistencia d'uma variedade enorme de costumes, regras e principios quasi sempre oscillantes, differentes e até oppostos.

Por isso, talvez no periodo em que vigorou o regimen das leis pessoaes fôsse de preferencia applicavel em materia criminal a lei da victima, quando ella e

---

(1) Ob. cit., pag. 104.

(2) Ob. cit., pag. 76-77. Entre nós o Sr. Dr. Lucas Falcão que, pelo menos, restringia muitissimo a applicação do systema da personalidade de leis em materia penal, tambem indica a lei da victima como applicavel. Vid. *Dissertação inaugural,* Coimbra, 1868, n.º 10, pag. 17, e n.º 11, pag. 20.

conjunctamente o delinquente pertencessem a qualquer das raças vencidas, e pelo contrario se applicasse a do delinquente, quando este fôsse da raça vencedora e a victima d'alguma das raças vencidas.

O imperio do regimen das leis pessoaes foi, porém, de curta duração em materia penal. A mesma natureza particular dos factos criminosos e a fusão dos vencidos e vencedores eram obstaculos á sua manutenção. A breve trecho, os barbaros organisaram leis sob cujas disposições cahiam tanto os vencedores como os vencidos.

Assim, por exemplo, apontaremos a lei salica a qual, entre muitos outros factos, punia tanto o roubo feito pelos francos a romanos como o feito por estes áquelles (1).

Ora, como é intuitivo, isto violava abertamente o principio barbaro da personalidade das leis.

O principio da territorialidade ia assim reapparecendo nas leis penaes. E com o apparecimento do feudalismo accentuou-se vigorosamente e tanto quanto se enfraquecia o principio da personalidade de leis, passando a lei a ser exclusivamente territorial.

Não tardou muito, porém, que os defeitos d'um systema tão exclusivista se não patenteassem e que no campo da elaboração exegetica e juridica se não esboçava uma theoria tendente a corrigir esses inconvenientes e a haurir na analyse das diversas relações juridicos criterios para a melhor solução dos conflictos

(1) Cf. Sr. Dr. Lucas Falcão, ob. cit., n.º 11.—Thonissen *L'organisation judiciaire, le droit pénal et la procédure pénale de la loi salique*, II ed. Bruxelles, Paris, 1882, pag. 90 e segg.; 312 e segg.

das leis e principios que definissem a esphera da sua applicação mais em harmonia com as exigencias do progresso e com o desenvolvimento das relações entre os povos.

Esta theoria foi a dos Estatutos que dividiu as disposições das leis locaes em dois grupos: reaes e pessoaes.

Aquellas referiam-se directamente ás cousas e não ultrapassavam os limites territoriaes do Estado; pelo contrario, estas tinham por objecto immediato as pessoas e seu estado e acompanhavam os cidadãos sempre e em toda a parte, dentro ou fóra do territorio do Estado que lhe eram sempre sujeitos fosse qual fosse o territorio em que se encontrassem.

A applicação d'esta theoria em materia penal produziu um resultado duplo.

Primeiro, dominou o principio territorial. Por virtude d'uma tradição constante, embora nenhum acto legislativo a consagrasse expressamente, entendeu-se que as leis penaes, visto tenderem a tutelar a auctoridade do Estado, deviam applicar-se não sómente aos cidadãos, mas ainda aos extrangeiros, que transitassem ou fixassem residencia no seu territorio (1).

---

(1) Assim, JACQUES DE REVIGNY (JACOBUS DE RAVENA OU DE RAVENIS) jurisconsulto notavel do seculo XIII e muito citado pelos escriptores que se lhe seguiram, taes como CINUS, ALBERIC DE ROSATE, BARTOLO, BALDO, etc., ensinavá expressamente que devia ser punido segundo a lei local o extrangeiro que praticasse contra as suas prescripções qualquer facto delictuoso, quer d'ellas tivesse conhecimento ou as ignorasse.

JEAN FABRE, porém, ensinava que neste ultimo caso elle devia ser punido segundo o direito commum (Vid. LAINÉ, cit.

Mas a breve trecho, escriptores, como CLARO e DECIANO, ensinaram unanimemente que devia tambem attribuir-se ao Estado o direito de punir os proprios subditos por crimes praticados em territorio extrangeiro a fim de evitar a sua impunidade (1).

«Ed a poco e poco — diz PESSINA — si venne a retinere che la legge penale di uno Stato puó stendere il suo impero su'fatti avvenuti fuori del territorio, sia per punire coloro che in terra straniera ledono esclusivamente lo Stato cui la legge penale appartiene, sia per punire quei nazionali che ledono, sebbene fuori del territorio, i nazionali stessi, quando il potere territoriale del luogo del delitto non li punisce» (2).

BARTOLO ia mais longe ainda. Não restringia o direito de punir do Estado ao nacional que offendesse outro nacional; na sua celebre maxima: *Si judex loci ubi civis meus offenditur offensam non vindicat, tunc fieri potest statutum contra offendentem extra territorium* —manifestamente o extendia tambem ao extrangeiro que commettesse qualquer crime contra um nacional.

D'est'arte podemos, em conclusão, dizer que, segundo a doutrina dos jurisconsultos, a lei penal de cada Estado era conjunctamente territorial e pessoal ou melhor extra-territorial.

7. Estes principios foram, na sua generalidade, acceitos pelas legislações da epoca moderna até á era da

---

artigo *Le droit international privé en France, considéré dans ses rapports avec la théorie des statuts,* apud *Journal de droit international privé,* tom. XIV, 1887, pag. 30).

(1) Vid. PESSINA, ob. cit., pag. 104-105.

(2) Ob. cit., pag. 105.

codificação, excepto pela legislação ingleza que sómente acceitou o principio da competencia territorial. Sirva de exemplo para aquellas a legislação franceza.

Em França, segundo informa FAUSTIN HÉLIE, nos seculos XVI e XVII o juiz do domicilio podia, concorrentemente com o juizo do logar do delicto, conhecer dos delictos commettidos fóra da esphera territorial da sua jurisdicção.

«La conséquence de cette règle, — continúa este escriptor, — dut être l'attribution au juge du domicile des délits commis, non seulement hors du ressort, mais même hors du royaume. Jousse constate cette conséquence en ces termes: Ce qui vient d'être dit d'un Français offensé par un étranger en pays étranger doit avoir lieu à plus forte raison dans le cas d'un étranger offensé par un Français dans un pays étranger; car alors il n'y a aucune difficulté que le Français ne puisse être poursuivi, en France, pour raison du crime par lui commis, quoique en pays étranger, les juges de France étant les juges du domicile du coupable; et cela rentre dans le cas de la règle générale touchant la compétence du juge du domicile en matière criminale» (1).

Por maioria de razão, a mesma regra devia applicar-se,— e na realidade era applicada,—quando o crime em territorio extrangeiro tivesse sido commettido por um francez contra outro francez.

O fundamento d'esta doutrina exprime-o JOUSSE por estas palavras: — «Il est intéressant pour la république de purger la province des citoyens qui la désho-

---

(1) *Traité de l'instruction criminelle ou Théorie du Code d'instruction criminelle,* Paris, 1846, vol. II, pag. 567.

norent par leurs crimes, ou du moins de les punir de quelques peines exemplaires, de peur que ces mêmes crimes demeurant impunis, ceux qui les ont commis ne se portassent à en commettre encore de plus grands, et que leur exemple ne vînt à corrompre les autres citoyens» (1).

Esta doutrina continuou a vigorar até á Revolução franceza.

Durante o periodo revolucionario a doutrina exposta soffreu apenas uma restricção. A assembleia legislativa por um decreto de 3 de setembro de 1892 declarou incompetentes a lei e os tribunaes francezes para a punição e julgamento dos crimes praticados por extrangeiros fóra do territorio francez, os quaes só deviam ser punidos pelos magistrados nacionaes e segundo a lei nacional do delinquente (2).

Afóra esta restricção, manteve-se a mesma doutrina. A lei penal continuou a ser applicavel a todas as infracções commettidas em territorio francez e áquellas

---

(1) Cit. por F. HELIE, ob. e vol. cit., pag. 567 e 568.

(2) ... «Qu'il y a des étrangers détenus aux galères de France, en conséquence de jugements rendus par les tribunaux français, pour délits commis hors du royaume, et qu'il s'agit de statuer sur la liberté de ces étrangers; *que les étrangers prévenus de délits commis dans leur patrie n'ont pu être légalement jugés que selon les lois de leur pays et par leurs magistrats*; *que les peines ne doivent avoir lieu que là où les crimes ont été commis,* et que ce serait tolérer une atteinte à la souveraineté des peuples, pour laquelle la France donnera toujours l'éxemple du respect, *que de retenir sur ses galères des étrangers qui n'ont point blessé ses lois;* — décrète ce qui suit: il ne sera retenu sur les galères de France *aucun étranger condamné pour crimes commis hors du territoire français*».

que os francezes commettessem em territorio extrangeiro.

8. Não se inspiraram em criterios diversos as legislações, quando na evolução legislativa se abriu o periodo da codificação.

Todas, sem excepção alguma, consagraram o principio de que a lei penal é applicavel ás infracções commettidas dentro do territorio do Estado (1).

É certo que algumas, como o codigo penal austriaco apenas mencionam os delictos. Isto não infirma, porém, a asserção formulada, pois que aquelle termo deve ser interpretado extensivamente e considerado equivalente do termo generico — infracção.

E todas tambem consagraram a extra-territorialidade da lei penal sem excepção da propria Inglaterra, não

---

(1) Vid. Cod. civil francez, art. 3.º; Cod. penal belga, art. 3; na Italia, antes da unificação legislativa, as Leis civis do reino das Duas Sicilias, art. 5.º; Cod. civil, art. 12.º e Cod. penal sardo, artt. 6.º, 8.º e 9.º; Regulamento do processo para os estados pontificios, art. 60.º; e posteriormente á unificação o Cod. civil, at. 11.º e Cod. penal de 1 de janeiro de 1890, art. 3.º; Cod. geral prussiano, parte II, tit. 29.º, §§ 12.º e 13.º; Codigos penaes da Saxonia, art. 3.º, de Wurtemberg, art. 4.º, de Baden, § 5.º de Hanover, art. 3.º; Decreto de publicação do Cod. civil da Baviera, art. 4.º; Cod. penal da Austria de 1852, § 31 e projecto de Cod. penal apresentado pelo ministro JULES GBASSER, § 3.º; Codd. penaes da Hungria, art. 5.º, da Hollanda, art. 2.º, do Cantão de Berne de 1867, art. 3.º, do Cantão de Friburgo de 1873, art. 3.º, de Genebra, de 21 de outubro de 1874, art. 3.º, do Cantão de Zurich de 1 de fevereiro de 1871, § 3.º; da Dinamarca de 10 de fevereiro de 1866, cap. I, § 2.º, da Suecia de 16 de fevereiro de 1864, cap. I, §§ 1.º e 2.º, da Noruega de 20 de agosto de 1842, cap. I, §§ 1.º e 2.º, Cod. do processo penal da Grecia de 1834, art. 1.º, etc.

obstante ella ser, como diz Fiore, «la gardienne la plus jalouse du principe de la territorialité de la loi pénale. (1).

---

(1) Num artigo intitulado — aliás, incorrectamente — *De l'impuissance de la législation anglaise à punir les nationaux pour crimes ou délits commis à l'étranger*, e publicado no *Journal du droit international privé*, vol. XIV, 1887, pag. 129-133, Stephen dá a explicação historica do predominio na Inglaterra do principio da territorialidade da lei penal.

É, em resumo, a seguinte: na edade media, os monarchas enviavam os seus «justiciarii» por todos os condados da Inglaterra, os quaes abriam o seu tribunal nas grandes cidades. Aqui vinham as pessoas importantes do condado e de cada communa quatro homens e o «reeve», as quaes constituiam o jury, cuja funcção era no principio apresentar ao magistrado real um relatorio do que se tinha passado em cada communa e no condado.

Mais tarde, o primitivo jury desintegrou-se em grande jury ou jury d'accusação e pequeno jury ou jury de julgamento. A sua competencia continuou, porém limitada aos factos que se passavam no condado, pois que se julgava que o grande jury não sabia nem podia saber o que fóra d'elle tinha succedido.

Conseguintemente, ignorava o que se passava em outro condado e, por maioria de razão, no extrangeiro. D'aqui a sua incompetencia para accusar os crimes ahi praticados e a impossibilidade de o pequeno jury os julgar.

E, escreve Stephen: — «on tenait à cette règle avec une rigueur si pédantesque, que si un homme en blessait un autre à mort dans un comté, et que le blessé mourût dans un autre comté le criminel échappait à la repression».

Desde 1549, porém, varios diplomas legislativos têm definido algumas excepções áquelle principio e presentemente a lei penal ingleza applica-se a alguns crimes praticados no extrangeiro.

Note-se, comtudo, que o principio da *common lavv* continúa a ser a territorialidade da lei penal; os casos de exterri-

A extensão que deram a este principio é, porém, differente, como diversas são as condições de que depende a sua applicação pratica.

Indical-as-hemos noutro logar, quando nos occuparmos da analyse do caracter extra-territorial da lei penal portugueza.

torialidade têm sido definidos em epocas diversas por diplomas legislativos differentes e a titulo de excepções. Cf. Fiore, cit. *Traité de droit pénal international,* 1.e partie, pag. 231 e 257-259.

CAPITULO II

Da competencia penal internacional da lei portugueza

§ 1.º

Noções geraes

Summário: — **1.** Caracter geral do systema adoptado pela lei portugueza: territorial e extra-territorial. — **2.** Tratados.

1. O systema adoptado pela actual lei portugueza na definição da esphera da sua applicação no espaço descreve-o nas suas linhas fundamentaes o artigo 53.º do Codigo penal em vigor (1).

---

(1) O artigo 53.º do Codigo penal acha-se inscripto no capitulo IV, do titulo I, do livro I, intitulado — *Da responsabilidade criminal.* O codigo penal de 1852 inscrevia o artigo 27.º, seu correspondente, no capitulo III, do livro I, intitulado —*Dos criminosos.*

Ora, como se infere claramente da analyse de ambos os artigos, não é seu objecto fixar ou desenvolver condições ou elementos de responsabilidade criminal, mas definir a extensão da competencia da lei penal.

Por isso, numa boa disposição systematica de doutrinas,

A leitura dos seus varios numeros e paragraphos mostra immediata e claramente que a lei portugueza, abandonando o exclusivismo de qualquer systema preconisado em theoria ou adoptado na pratica, procurou combinar, em proporções aliás diversas, os dois principios — territorial e extra-territorial — que a evolução juridica tinha elaborado para resolver o arduo problema da definição de competencia internacional da lei penal.

E nesta orientação estabeleceu em primeiro logar a sua absoluta competencia para a punição de todas as infracções commettidas em territorio ou dominios portuguezes, tomada esta expressão no seu mais amplo sentido (Cod. penal, art. 53.º n.os 1 e 2), e definiu depois a sua competencia relativamente a certos crimes praticados no extrangeiro. (Cod. penal, art. 53.º, n.os 3.º, 4.º e 5.º e § 1.º).

Duplo é, pois, o seu caracter: territorial e pessoal ou, melhor, extra-territorial.

Aquelle deriva immediatamente da soberania territorial do Estado; este, ao qual a soberania não pode dizer-se absolutamente extranha quando o crime seja praticado por portuguezes, filia-se principalmente ou num principio de conservação, de defeza directa contra ataques ás condições de existencia da sociedade portugueza ou na conveniencia de obstar a que os delinquentes fiquem impunes.

---

a materia do artigo 53.º deveria ficar consignada ou num titulo preliminar, como succedia no Projecto de 1861 (Tit. preliminar, cap. I — *Da applicação e dos effeitos da lei penal*), ou melhor ainda, como ensinam LUCCHINI, *Rivista penale*, novembre-décembre, 1877, pag. 292, e SCHIATTARELLA, *Dei reati commessi all'estero*, Firenze, 1880, pag. 131, num titulo preliminar da lei de processo criminal.

D'aqui, duas differenças fundamentaes: uma na esphera de competencia; outra na sua indole.

A competencia territorial abrange todas as *infracções* (n.º 1.º do art. 53.º); a extra-territorial respeita sómente a *crimes* ou *delictos*.

Comprehende-se o alcance da differença, desde que não se esqueça o valor differente que em a nossa lei têm aquellas duas especies puniveis.

Além d'isso, a competencia territorial não precisa, para seu exercicio, mais que a existencia da infracção; a extra-territorial é, por assim dizer, subsidiaria; o seu exercicio depende da realisação de certas condições.

2. Quando, porém, entre o Estado portuguez e os Estados extrangeiros se tenham celebrado tratados ou convenções e nelles se tenham definido principios e fixado regras tendentes a delimitar a competencia penal das respectivas leis, é áquelles e a estas que se deve ir procurar o criterio, em face do qual se determine, nas hypotheses occorrentes, a lei applicavel tanto a nacionaes, como a extrangeiros.

É o que expressa e categoricamente ensina o artigo 53.º quando diz: — «A lei penal é applicavel, não havendo tratado em contrario.

Identica era a disposição da parte inicial do artigo 1.º da lei de 1 de julho de 1867, da qual o artigo 53.º é, na maxima parte, integral reproducção tanto doutrinaria, como litteral, assim como a do artigo 5.º do notavel projecto do Codigo penal de 1861, cujo relator foi o egregio jurisconsulto que se chamou Levy Maria Jordão (1).

---

(1) Ficam salvas as disposições dos tratados. (Proj. art. 5.º).

*

De feito, os tratados são contractos bilateraes; a sua celebração depende do concurso de dois ou mais poderes homogeneos, mas independentes; e, por isso, sem esse mesmo concurso ou pelos modos legitimos por que conforme ao direito internacional podem romper-se, não devem considerar-se insubsistentes ou revogados.

Não póde, pois, uma das partes contractantes por um acto da sua exclusiva iniciativa fazer cessar a força obrigatoria do ~~celebrado~~ tratado.

Esta doutrina é de si tão evidente e tão inconcussa que entra no conjuncto dos axiomas juridicos, sendo, por isso, até dispensavel a sua consagração expressa nos diplomas legaes.

Se não estivera consignado no artigo 53.º a excepção a que nos estamos referindo, ainda a mesma doutrina devera ser defendida pelas razões que muito resumidamente ficam apontadas (1).

No artigo 27.º do Codigo penal de 1852 consignava-se mais a excepção de *lei especial*.

Justa e irrespondivelmente criticava SILVA FERRÃO esta excepção, quando a qualificava de antinomica ou inutil. Antinomica, se se referia a *lei especial* existente ao tempo da promulgação do Codigo, pois que este derogara e substituira toda a legislação geral ou especial nas materias que regulara, á excepção dos crimes militares (art. 15.º, § unico); inutil se, como era certo, respeitava a leis posteriores, por isso que o Codigo sómente podia ter vigor emquanto geral ou especialmente, não fôsse revogado por lei posterior (*Theoria do direito penal applicada ao Codigo penal portuguez*, Lisboa, 1856, vol. I, pag. 286).

(1) Sobre as condições essenciaes da existencia e validade dos tratados, fórmas externas, caracter das obrigações que d'elles emanam, effeitos, cumprimento e cessação, vid. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, cit., pag. 235-262, e FIORE, *Nouveau droit international public* cit., tom. I, liv. III).

§ 2.º

Competencia territorial da lei penal portugueza

Summario: — **1.** Esphera da competencia territorial da lei penal portugueza. Condições de que deriva. — **2.** Principios que lhe servem de fundamento. — **3.** Analyse da significação juridica do termo — infracção. — **4.** Noção juridica do territorio; seus elementos mais importantes. — **5.** Competencia da lei portugueza sobre os crimes commettidos no territorio propriamente dicto. — **6.** O mesmo assumpto sobre os crimes commettidos no mar territorial. — **7.** *Idem* quanto aos crimes commettidos nos navios. — **8.** *Idem* quanto aos crimes commettidos no solo extrangeiro occupado pela força armada. — **9.** *Idem* quanto aos crimes commettidos no espaço aereo. — **10.** Legações e competencia da lei portugueza sobre os crimes ahi commettidos. — **11.** Criterios para determinar quando é que se póde dizer que uma infracção é commettida num territorio. Doutrina da lei portugueza. — **12.** Cumulação de jurisdicções. — **13.** Privilegios pessoaes de isempção da jurisdicção penal portugueza em relação a crimes commettidos em territorio portuguez.

1. A lei penal, — diz o art. 53.º do Codigo penal —, é applicavel, não havendo tratado em contrario:

1.º A todas as infracções commettidas em territorio ou dominios portuguezes, qualquer que seja a nacionalidade do infractor;

2.º Aos crimes praticados a bordo de navio portuguez em mar alto, de navio de guerra por-

tuguez surto em porto extrangeiro, ou de navio mercante portuguez surto em porto extrangeiro, quando os delictos tiverem logar entre gente da tripulação sómente, e não houverem perturbado a tranquillidade do porto.

§ 1.º Exceptuam-se da regra estabelecida no n.º 1.º d'este artigo as infracções praticadas a bordo de navio de guerra extrangeiro em porto ou mar territorial portuguez, ou a bordo de navio mercante extrangeiro, quando tiverem logar entre gente da tripulação sómente e não perturbarem a tranquillidade do porto (1).

Tal é a doutrina da lei penal portugueza sobre a sua competencia territorial.

Ao primeiro exame das disposições citadas, conjecturar-se-hia que a nossa lei não é applicavel, por virtude da sua competencia territorial, aos crimes a que se refere o n.º 2.º do art. 53.º; pois que, de contrario, este numero ou seria dispensavel ou, quando menos, deveria constituir um paragrapho do n.º 1.º

Não é, porém, assim. Nem é verdade, como em logar opportuno indicaremos, que a competencia penal do Estado sobre os crimes praticados a bordo dos navios se baseie em principio que não seja o territorial, nem é dispensavel a definição expressa da doutrina consignada no citado numero, pelo menos com respeito aos navios mercantes. Theorias varias e differentes tem sido defendidas sobre a extensão da qualidade territorial d'estes navios para o effeito da determinação

---

(1) Cf. Lei de 1 julho de 1867, art. 1.º, n.ºs 1.º e 2.º e § 1.º

da lei penal applicavel aos crimes nelles commettidos.

O que seria, porém, certamente preferivel é que, á semelhança do que fizeram os auctores do notavel Projecto de 1861, (1) o legislador, depois de estabelecer o principio da competencia penal territorial, indicasse num paragrapho especial os elementos constitutivos do territorio.

Posta esta observação preliminar, entremos directamente na analyse do conteúdo, alcance e extensão da competencia penal territorial da lei portugueza.

De dois factos conjunctos ella deriva: haver uma infracção punivel e esta ser commettida em territorio portuguez.

A nacionalidade do infractor, em certos casos attendivel para o effeito da determinação da pena applicavel (2), é, neste ponto, absolutamente indifferente e inerte.

A lei penal portugueza... é applicavel:

> 1.º... qualquer que seja a nacionalidade do infractor: — diz expressamente o art. 53.º do Codigo penal em vigor.

A mesma doutrina estabelecem todas as legislações extrangeiras, como já indicámos.

E era este tambem o nosso direito antigo, princi-

---

(1) § unico do art. 2.º

(2) Vid. Codigo penal, artt. 130.º, § 1.º, 150.º, 151.º e 156.º § unico. O mesmo succedia em face do Codigo penal de 1852, como mostram os seus artt. 76.º, 130.º § unico, 151.º, 156.º e § unico e 212.º

palmente desde que foram promulgadas as Ordenações Manuelinas.

Abolindo as leis por que até ahi se regiam nas relações juridicas entre si os Mouros e Judeus, e apparecendo numa epoca em que o poder politico se concentrara exclusivamente nas mãos do rei, não sómente expungiram todo e qualquer vestigio do systema pessoal, mas estabeleceram ainda a unidade territorial do direito, pondo termo aos conflictos que anteriormente, principalmente no inicio da primeira phase da monarchia, surgiam entre as diversas leis e foraes então existentes.

Pelo que respeita aos extrangeiros christãos que commettessem qualquer infracção em territorio portuguez, é verosimil que, sempre, ainda mesmo nos primeiros tempos da monarchia, elles fossem punidos segundo os principios da lei penal portugueza.

E quando mais tarde lhes foram concedidos muitos privilegios, incluindo o de um juiz conservador para julgar os seus pleitos com os portuguezes, permaneceu a mesma sujeição á lei portugueza, visto que, além de os juizes conservadores serem portuguezes, era segundo as nossas leis que elles julgavam.

O fôro era particular, mas a lei applicavel era a commum.

Em varios diplomas legislativos posteriores como o Decreto de 20 de dezembro de 1661, a Resolução de 30 de agosto de 1785, a Pragmatica de 24 de maio de 1749, art. 29.º e a Lei de 11 de agosto de 1753 sobre o contrabando dos diamantes encontra-se referencia expressa ao mesmo principio de sujeição dos extrangeiros á lei penal portugueza pelos crimes praticados em o nosso territorio, o que attesta irrefragavelmente a sua continuidade em a nossa legislação.

O fôro especial das conservatorias manteve-se até á lei de 12 de março de 1845 que as aboliu (1).

A conservatoria ingleza já tinha sido abolida pelos artigos 17.º e 18.º do tratado celebrado entre Portugal e Inglaterra em 29 de julho de 1842. Restabelecida depois temporariamente pelo decreto de 5 de maio de 1847 foi definitivamente extincta por decreto de 18 de fevereiro de 1848.

O Codigo penal de 1852 definiu tambem, embora por uma formula viciosa, o principio da competencia territorial da lei penal portugueza (2). Acceite sob uma formula correcta pela lei de 1 de julho de 1867 (3),

---

(1) «Ficam abolidas nestes Reinos, Ilhas adjacentes e Possessões Ultramarinas as Conservatorias das Nações Extrangeiras; e são competentes para a instrucção e decisão das causas e processos em que fôr parte algum extrangeiro, os mesmos Juizes e Tribunaes, que actualmente o são, ou de futuro o vierem a ser, nas causas e processos de egual natureza, em que intervem sómente Nacionaes...» Art. 1.º

(2) Formula viciosa, — dizemos, — e na verdade assim é. O Codigo penal de 1852 no art. 27.º n.º 1.º declara applicavel a lei penal a quaesquer extrangeiros *residentes* em dominios portuguezes.

A exegese strictamente litteral implicaria a conclusão de que a lei penal portugueza era inapplicavel ao extrangeiro não residente em dominios portuguezes quando o intuito do legislador foi certamente comprehender, como devia, todos os extrangeiros *existentes*, permanente, temporaria ou transitoriamente, no mesmo territorio». (Silva Ferrão, ob. e vol. cit., pag. 288).

Além d'isso, a formula do art. 1.º do Codigo de 1852 não indica expressamente que os crimes devam ser commettidos em territorio portuguez, embora de facto seja esse o seu espirito, como irrefragavelmente demonstra o seu confronto com o n.º 3.º do mesmo art. 27.º

(3) Art. 1.º n.º 1.º

passou d'aqui para o actual art. 53.º do Codigo penal em vigor.

2. Não é necessario proceder a longas investigações ou demorarmo-nos em cogitações profundas para descobrir os principios que serviram de base ao legislador portuguez na definição do caracter territorial da lei penal.

O direito de soberania, a necessidade de conservação e defeza, o mesmo interesse politico do Estado, a funcção de tutela juridica e ainda a protecção concedida ao extrangeiro—taes foram em resumo esses principios, a que tambem todas as nações prestaram homenagem (1).

PORTALIS condensou-os luminosamente no seguinte trecho, cheio de vigor, de eloquencia e de colorido: «Il est des lois sans lesquelles un État ne saurait subsister. Ces lois sont toutes celles qui maintiennent la police de l'État et qui veillent à sa sureté. Nous déclarons que les lois de cette nature obligent indistinctement tous ceux qui habitent le territoire. Il ne peut à cet égard exister aucune différence entre les citoyens et les étrangers.

Un étranger devient le sujet casuel de la loi du pays dans lequel il passe ou dans lequel il réside. Dans le cours de son voyage, ou pendant le temps plus ou moins long de sa résidence, il est protégé par cette loi; il doit donc la respecter à son tour: l'hospitalité qu'on lui donne appelle et force sa reconnaissance.

---

(1) SILVA FERRÃO, ob. cit., vol. I, pag. 287; Sr. ABEL DO VALLE, *Annotações* ao livro primeiro do Codigo penal portuguez, pag. 226 e 227.

D'autre part, chaque État a le droit de veiller à sa conservation, et c'est dans ce droit que réside la souveraineté. Or, comment un État pourrait-il se conserver et se maintenir s'il existait dans son sein des hommes qui pussent impunément enfreindre sa police et troubler sa tranquillité? Le pouvoir souverain ne pourrait remplir la fin pour laquelle il est établi si des hommes étrangers ou nationaux étaient indépendants de ce pouvoir. Il ne peut être limité, ni quant aux choses, ni quant aux personnes.

Il n'est rien s'il n'est tout. La qualité d'étranger ne saurait être une exception légitime pour celui qui s'en prévaut contre la puissance publique qui régit le pays dans lequel il réside. Habiter le territoire, c'est se soumettre à la souveraineté (1).

3. Assente que a competencia territorial da lei penal portugueza resulta exclusivamente da conjuncção de dois elementos: — haver uma infracção punivel e esta ser praticada em territorio portuguez, — analysemol-os respectivamente, a fim de determinar com o maior rigor possivel o seu conteúdo, alcance e extensão.

O criterio de definição do termo — infracções —, empregado em o n.º 1.º do art. 53.º do codigo penal, deve sem duvida procurar-se exclusivamente nos principios da nossa legislação.

Dentro do territorio portuguez só podem ser considerados perante a nossa lei — infracções puniveis — aquelles factos que ella previa e expressamente tenha assim qualificado.

---

(1) Cit. por Faustin Hélie, ob. cit., vol. 2.º, pag. 496-497.

É o que claramente se infere do contexto do art. 15.º

Conseguintemente, um facto praticado em territorio portuguez por um extrangeiro que seja incriminado pela sua lei nacional, mas não o seja pela portugueza, não entra no conteúdo do termo — infracções.

Seja ou não intrinsecamente opposto á ordem moral, aos principios e canones fundamentaes de justiça, a lei portugueza garante-lhe a impunidade no seu territorio, visto que não infringe nenhuma das normas concretas que são para ella a expressão da justiça ou da utilidade social.

Qual é, porém, o conteúdo, alcance e extensão do termo — infracção?

A nossa lei não o define expressamente: apenas no capitulo I do Codigo penal, subordinado á inscripção — Disposições preliminares — distingue os factos puniveis em duas especies: crimes e contravenções, cuja definição respectiva tambem apresenta nos artt. 1.º e 3.º

É, porém, evidente que, sendo tanto aquelles como estas violações da lei penal, a infracção abrange uns e outras e designa, na generalidade da sua significação, todas as diversas e possiveis modalidades concretas em que a actividade anti-social do delinquente se individualise ou possa individualisar.

Como diz Raoul de la Grasserie, o termo — infracção — é um termo generico que se applica conjunctamente aos crimes, delictos e contravenções (1); designa, como diz Garraud, todo o facto previamente

---

(1) Ob. cit., pag. 11.

ordenado ou prohibido pela lei, sob a sancção d'uma pena propriamente dita e injustificavel como exercicio d'um direito (1).

A mesma significação generica se deve attribuir ao termo — crime — empregado em o n.º 2.º do art. 53.º

Se, em obediencia e prestando homenagem ao principio da soberania e competencia territorial, a nossa lei se declara incompetente relativamente ás *infracções* praticadas a bordo de navio de guerra extrangeiro em porto ou mar territorial portuguez ou a bordo de navio mercante extrangeiro, quando tiverem logar entre gente da tripulação sómente e não perturbarem a tranquillidade do porto (§ 1.º do art. 53.º), não se descobre nem entrevê razão para excluir da sua competencia o julgamento e punição das contravenções praticadas a bordo de navio de guerra portuguez surto em porto extrangeiro ou de navio mercante nacional, quando não perturbem a tranquillidade do porto.

Além d'isso, se a lei portugueza fosse incompetente para punir as contravenções commettidas a bordo que não perturbem ou ameaçem a tranquillidade do porto uma de duas consequencias, por egual absurdas, resultaria: ou a impunidade dos contraventores, ou a intervenção d'uma soberania extranha para punir factos que, por motivo nenhum, podem cahir sob a sua jurisdicção.

---

(1) Ob. cit., vol. I, pag. 123. Vid. sobre a noção geral de infracção Carmignani, *Juris criminalis elementa*, § 78 e *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, tom. II, pag. 51; Carrara, cit. *Programma*, part. générale, vol. I, pag. 21; Berner, *Lherbuch*, § 71, etc.

Em conclusão: —quer por crime, quer por contravenção praticada em territorio portuguez tanto o nacional, como o extrangeiro elles incorrem em responsabilidade criminal; e é de notar que, se a ignorancia da lei penal lhes póde servir de circumstancia attenuante no caso de crime (Codigo penal, art. 39.º, circumstancia 23.ª), de nada lhes serve no caso de contravenção, pois que, coherente com o definido nos artt. 3.º e 4.º, o Codigo penal expressamente preceitua que, salvo a disposição do art. 36.º, a responsabilidade criminal por contravenção não póde ser aggravada nem attenuada (art. 33.º).

Esta é tambem a doutrina, seguida pela quasi totalidade dos escriptores que admittem o principio da competencia territorial da lei penal.

E, na verdade, ella é sua consequencia directa e logica.

Entretanto, parece que a alguns não deixa de sorrir a ideia de se abrir uma excepção para o caso de o facto punivel praticado pelo extrangeiro ser de indole contravencional, principalmente quando ao extrangeiro tivesse sido impossivel conhecer ou presentir a existencia da lei de policia prohibitiva (1).

Em theoria, póde subscrever-se esta opinião e até amplial-a aos nacionaes.

---

(1) É neste sentido restricto que julgamos dever entender-se a critica de SILVA FERRÃO á redacção do n.º 1.º do art. 27.º do Codigo penal de 1852 quando a proclama incorrecta «por não declarar expressamente que a sujeição dos extrangeiros se entende sómente a respeito dos crimes ou delictos, commettidos em territorio portuguez». (Ob. e vol. cit., pag. 288).

Praticamente, porém, seria muitas vezes inefficaz para o extrangeiro por virtude da difficuldade de provar a impossibilidade de conhecer ou presentir a existencia da lei, dada a tendencia de uniformidade ou quasi uniformidade das leis de policia nas diversas nações; e, em todo o caso, perigosa para o Estado, principalmente no momento actual em que é prodigiosa a facilidade de communicações internacionaes e em que, por outro lado, a evolução das sociedades contemporaneas, alargando a acção coordenadora e integradora do Estado, conduz as legislações penaes a ampliar extraordinariamente o quadro legal das contravenções.

Além d'isso, se a ignorancia effectiva e actual não é causa dirimente de responsabilidade criminal e se tanto o crime como a contravenção se concretizam em factos perigosos para a segurança e regularidade das relações sociaes, forçoso é concluir que, uma vez admittido o principio territorial da competencia penal, esta deve extender-se tambem ás contravenções, tanto mais que, em rigor, ellas não se distinguem essencial e qualitativamente dos crimes.

4. O termo — territorio — considerado no seu significado juridico-politico designa a fracção do globo em que a soberania do Estado se manifesta e exerce e cujos habitantes lhe estão sujeitos (1). «Territorium,

---

(1) Vid. FIORE, *Nouveau droit international public* cit., vol. I, pag. 356, e *Traité de droit pénal internationel* cit., première partie, pag. 3; MANDUCA, ob. cit., pag. 461; GARRAUD, ob. cit., vol. I, pag. 205; ALBERT BOSSY, *La loi pénale dans ses rapports avec le territoire,* Paris, 1888, pag. 63 e

— diziam os romanos, — est universitas agrorum intra finis cujusque civitatis: quod ab eo dictum quidam aint, quod *magistratus ejus loci intra confines terrendi id est submovendi jus habet*».

É certamente neste sentido que o legislador portuguez empregou em o n.º 1.º do artigo 53.º do Codigo penal em vigor o termo — territorio.

A lei penal é uma das expressões mais caracteristicas da soberania do Estado; e, conseguintemente, a esphera da sua acção no espaço deve abranger todos os logares em que a soberania se exercer.

Neste significado é, pois, mais amplo do que considerado no seu conteúdo geographico.

Além da parte terrestre, solida e liquida, comprehendida nos limites naturaes ou convencionaes do Estado, abrange muitos outros e diversos elementos.

Por virtude de ficções juridicas admittidas em direito internacional consideram-se parte do territorio do Estado a porção de mar que lhe banha as costas, os navios e ainda a porção de solo extrangeiro occupada pela sua força armada.

E discute-se se com a integração d'estes elementos se completa o conteúdo juridico do territorio ou se pelo contrario este comprehenda tambem o espaço aereo correspondente e as legações.

Examinemos estes elementos e definamos relativamente a cada um d'elles o alcance e extensão da jurisdicção penal territorial.

---

seg.; F. Hélie, ob. cit. pag. 501; Biagio Sole, ob. cit., pag. 23 e seg.; Maurice Goddin e Edouard Mathiels, *Le droit criminel belge au point de vue international,* 1880, pag. 10, etc.

5. Sobre o territorio em sentido geographico ou propriamente dito, que constitue o elemento mais importante do dominio internacional do Estado, o direito de soberania d'este é absoluto, assim como o é tambem a competencia da lei penal relativamente ás infracções nelle praticadas.

Escusado será talvez advertir que, quando fallamos em Estado nos referimos tambem ás colonias, pois que sem embargo da maior ou menor autonomia administrativa que possuam, ellas são sempre, sob o aspecto politico e juridico, dependencia da mãe patria. É corrente entre os escriptores esta doutrina, cujos fundamentos são, aliás, obvios.

6. É tambem para o effeito da jurisdicção penal considerado em certo sentido elemento do territorio do Estado o chamado — mar territorial —. Esta expressão anomala, incorrecta e contradictoria (1), dá,

(1) A expressão — mar territorial — é, com effeito, duplamente incorrecta.

«Non seulement—diz ENGELHARDT—elle associe deux idées qui s'excluent et pourrait tout au plus se rapporter soit aux eaux intérieures, telles que fleuves, lacs et canaux, soit aux mers enclavées qui n'ont pas d'issues vers les autres bassins maritimes, comme la mer Caspienne, la mer d'Aral, la mer Morte, mais il n'est pas matériellement juste de qualifier de territoriale la zone extérieure qui, des caps et autres saillies de la côte, s'avance vers la pleine mer jusqu'à la distance de trois ou quatre milles». (*Quelques considérations sur-le regime des eaux maritimes dites territoriales*, apud cit. *Revue de droit international*, vol. XXVI, 1894, pag. 209).

Por isso, ENGELHARDT propõe a sua substituição pela expressão — *mar littoral* — a qual tem, além d'isso, a vantagem de designar mais claramente o mar adjacente ás costas.

Esta ultima expressão é a preferida pela maioria dos es-

ao primeiro exame, a impressão d'uma monstruosa heresia juridica.

Pois o mar não é, porventura, livre? Não é elle o patrimonio commum de todas as nações, a avenida liquida aberta a todos os povos, na phrase pittoresca de HOMERO?

Com effeito, a liberdade dos mares é actualmente principio fundamental e dogma indiscutivel do direito internacional maritimo.

As pretensões que desde tempos antigos até uma epoca, proxima da actual, varios povos tiveram e defenderam sobre o dominio exclusivo dos mares desappareceram para nunca mais surgir (1).

---

criptores italianos, e é certamente a mais correcta. Apesar d'isto, continuaremos a usar da expressão — mar territorial — porque é a que o Codigo penal portuguez emprega (§ 1.º do art. 53.º).

(1) Na antiguidade, os phenicios, os carthagineses e depois os romanos consideravam seu o mar Mediterraneo.

Na edade media a republica de Veneza arrogava-se a soberania exclusiva do Adriatico, e Genova a do mar Ligurio. Eguaes pretensões teve durante algum tempo a Dinamarca sobre o mar Baltico. Portugal e Hespanha julgaram-se com direito exclusivo sobre os mares das Indias orientaes e occidentaes, no que foram seguidos mais tarde pela Hollanda e pela Inglaterra.

Esta arrogava-se ainda direitos particulares sobre os mares que banham e circumdam a Gran-Bretanha. E numa epoca menos afastada de nós a Russia, segundo BLUNTSCHLI e FIORE, ou a Turquia, segundo PRADIER FODÉRÉ, prohibia ás outras nações a navegação do Mar Negro que afinal foi declarado aberto á marinha mercante de todos os Estados pelo art. 2.º do tratado de Paris de 1856 (Vid. BLUNTSCHLI, ob. cit., pag. 185 e 186; FIORE, *Nouveau droit international public*

Do mesmo modo, a celebre questão agitada no seculo XVII e provocada pelo livro immortal *Mare liberum* de GROCIO, cujo fulgurantissimo espirito impressionou tão profundamente a clara intelligencia de HENRIQUE IV de França, que este o denominou prodigio da Hollanda, não tem hoje outro valor que não seja historico (1).

Desde que este escriptor o proclamou e irrespondivelmente o defendeu, póde dizer-se que, apesar dos golpes que pretenderam vibrar-lhe, elle foi reinvidicado de vez para a scieneia.

De effeito, a impossibilidade physica da appropriação do mar, assim como a do ar e da luz, por qualquer actividade ainda a mais poderosa e mais expansiva, pondo em evidencia a sua indole inappropria-

---

cit., vol. I, pag. 361 e segg. e nota 2 á pag. 362); BIAGIO SOLE, ob. cit., pag. 31-33.

Actualmente, diz FIORE «il n'y a pas de gouvernement ni d'écrivain qui songe à renouveler les prétensions d'un autre âge. Les prétentions de la Hollande de l'Espagne et du Portugal sont tombées avec leur puissance maritime, qui les avait suscitées, les prétentions de l'Angleterre se sont dissipées aux lumières de la raison, de la force du progrès et des idées qui ont modifié les anciennes doctrines sur les relations internationales. Les nations se sont toujours opposées aux usurpations illégitimes, en défendant la liberté des mers, et les puissances qui avaient ces prétentions out dû reconnaître le droit des autres, en ratifiant dans les traités la liberté des mers.» (*Nouveau droit international public* cit., vol. I, pag. 363).

(1) Na lucta que se travou entre os escriptores em volta do principio da liberdade dos mares interveio tambem um nosso compatriota FREITAS, *De justo imperio Lusitanorum Asiatico adversus Grotii mare liberum*, pugnando, infe-

*

vel (1), pulverizando o argumento da longa posse invocado pelos partidarios do *mare clausum,* não podia deixar de conduzir á liberdade dos mares, a qual em as necessidades do commercio e da civilisação encontrava tambem solido e inconcusso fundamento.

E de facto assim succedeu. A força da verdade que encerra é tão irresistivel e é tão fundamental o direito de livre navegação no mar que cabe aos Estados, que os modernos publicistas, entre os quaes, para orgulho e honra nossa, não deve esquecer-se o nosso sabio compatriota SILVESTRE PINHEIRO FERREIRA, ensinam que, ainda na hypothese d'um Estado o renunciar expressamente em qualquer tratado, tal renuncia é nulla e illegitima.

O principio da liberdade dos mares não se extende, porém, a toda a massa oceanica.

Todos os escriptores ensinam e todos os Estados reconhecem que da communidade entre as nações deve excluir-se a porção do mar que banha as costas, pois que relativamente a ella não se dá a mesma impossibilidade de appropriação, e, além d'isso, os interesses de cada Estado, a sua segurança e a sua defeza assim o exigem.

É a esta porção de mar que uns escriptores geralmente dão a denominação de *mar territorial* e outros a mais correcta de *mar littoral.*

---

lizmente, pelo principio velho e retrogrado do — mare clausum.

(1) «Mare vastum per se occupabile non est» — dizia PUFFENDORFF. E no celebre livro de GROCIO este argumento apparece a cada passo.

Até onde se extende? Quaes são os seus limites? Em que ponto do oceano acaba? (1).

Muitos e divergentes têm sido os criterios apresentados e defendidos pelos escriptores no intuito de resolver este problema, cuja importancia pratica é tão viva e tão palpitante que o Instituto de Direito Internacional o tem tomado para objecto de discussão nalgumas das suas sessões, como as de Hamburgo em 1891, de Genebra em 1892 e de Paris em 1894.

Dos escriptores antigos, PEDRO SARPI, o celebre protestante auctor da historia do concilio de Trento, ensinou que a medida da extensão do mar territorial era a *necessidade* de cada Estado; EMERICO AMARI, indicou a utilidade; segundo VALIN, o seu limite devia ser marcado pelo ponto em que a sonda não tocasse o fundo do mar; e segundo LOCCENIO, pela distancia percorrida em dois dias de viagem a partir da praia.

Outros, querendo talvez eliminar da sua doutrina todo o tom vago e indeterminado do criterio de SARPI e AMARI, evitar as difficuldades de applicação do criterio de VALIN e o arbitrio do de LOCCENIO, fixaram positiva e categoricamente o limite do mar littoral em cem milhas (CASAREGIS, SOLOZZANO, DE ABREAU e FRANCHI) ou sessenta milhas (BALDO, BODIN e TARGA) (2).

---

(1) Note-se que só tratamos do problema da extensão do *mar territorial* para os effeitos da jurisdicção penal.

(2) Vid. SOLE, ob. cit., pag. 34 e 35; PAPPAFAVA, *De la mer territoriale et de la soumission des navires étrangers à la jurisdiction locale*, apud *Journal de droit international privé*, 1887, pag. 445 e 446.

Porém, como é visivel, cahiram tambem no arbitrio.

No seculo XVIII, BYNKERSHOEK definiu um novo criterio de medida da extensão do mar littoral pela fórmula que tão celebre se tornou depois: —*potestatem terrae finiri ubi finitur armorum vis.* — O ponto em que terminava a *vis armorum* era aquelle até onde *tormenta exploduntur.* Este criterio foi acceito pela quasi totalidade dos escriptores que se lhe seguiram e ainda por muitos tratados internacionaes.

Que saibamos, só o rejeitou GERARD DE RAYNEVAL, para quem o criterio exacto era o horizonte visual que PHILIPPE II de Hespanha já consagrara praticamente numa das suas leis.

Modernamente inclinou-se para esta opinião GODEY (1).

A doutrina dominante é, porém, ainda hoje a contida na fórmula de BYNKERSHOEK. Ainda hoje a maioria dos escriptores ensina que a extensão das aguas littoraes sobre que o Estado exerce jurisdicção é marcada pelo alcance maximo do canhão disparado da praia.

E, para uniformisarem em todos os Estados esta extensão, ensinam ainda geralmente que o alcance maximo do canhão é aquelle que tiverem attingido os progressos da balistica.

A consequencia inevitavel d'este criterio é a variabilidade de extensão do mar littoral de momento para momento em virtude dos constantes progressos da balistica.

---

(1) *Les limites de la mer territoriale,* apud *Revue générale de droit international public,* tom. III, 1896, pag. 228-232.

Esta consideração tem levado alguns escriptores a fixar por fórma positiva e invariavel a extensão do mar territorial; e, ou seja porque o alcance maximo do canhão fosse no tempo de BYNKERSHOEK e nos que immediatamente se lhe seguiram de cerca de tres milhas, ou fosse por outra razão, a verdade é que este limite tem sido proposto para a delimitação da jurisdicção do Estado.

E, segundo informa GODEY, os Estados que expressamente o têm acceitado relativamente á pesca, têm-no ampliado tambem, por uma especie de accordo internacional tacito, á definição da extensão da jurisdicção.

O limite de tres milhas tende, porém, a alargar-se em virtude dos surprehendentes progressos que de dia para dia tem feito a balistica.

Com effeito, se já em 1885, na Conferencia relativa ao regimen a estabelecer no canal de Suez, o barão de HAAN podia affirmar sem o menor receio de ser contradictado que a distancia de tres milhas não correspondia ao alcance do canhão, que diremos na hora presente em que, por assim dizer, momento a momento, a sua força impulsiva augmenta e cresce assombrosamente?

Em 1896 já GODEY escrevia que uma peça póde enviar da praia um projectil a distancia de onze milhas (1).

E porque este crescer progressivo da força impulsiva do canhão vem de longe, de longe vem tambem a tendencia que signalamos.

Em uma nota celebre dirigida aos diversos gabine-

---

(1) *Les limites de la mer territoriale* apud *Revue générale de droit international public* cit., tom. III, 1896, pag. 228.

tes a 16 de outubro de 1864, — diz GODEY, — M. SEWARD, ministro de Estado da Republica dos Estados Unidos da America Septemtrional esforçou-se por conduzir as potencias a celebrar um tratado internacional sobre as seguintes bases: substituir o alcance do canhão por um limite invariavel e fixado em cifras: e ampliar até cinco milhas a soberania do Estado ribeirinho (1).

Esta tendencia tem-se revelado e accentuado tambem nos congressos. Na sua sessão de Paris, em 1894, o Instituto de direito internacional alargou o limite do mar territorial fixando-o em seis milhas no tempo de paz e dando ao Estado neutro o direito de o prolongar até o maior alcance do canhão em tempo de guerra.

E em dezembro de 1895, o governo dos Paizes-Baixos dirigiu ás diversas potencias uma nota convidando-as a precisar e definir num Congresso os limites do mar territorial, tomando para base as resoluções do Instituto de direito internacional na sessão de Paris em 1894, modificadas pela seguinte fórmula: o limite de seis milhas com uma extensão semelhante como zona neutra.

É certo, pois, que a tendencia de ampliar a extensão do mar territorial avigora-se; e não é estulta a crença de que o limite de tres milhas, ainda hoje tacitamente mantido pela pratica commum das nações, está condemnado a desapparecer para dar logar a outro mais largo.

Uma vez admittida a doutrina de BYNKERSKOEK, o

---

(1) Cit. *Revue*, pag. 228.

criterio pratico da fixação do limite do mar territorial devera ser, porém, não o alcance maximo do canhão, mas o alcance real do seu poder defensivo, pois, em rigor, é este que fixa o ponto em que termina a *vis armorum* do Estado.

Aquelle levar-nos-hia a fixal-o em onze milhas pelo menos, isto é, em 20 kilometros. Ora, a esta distancia a força defensiva do canhão é, pór assim dizer, nulla. Além d'isso, tal limite, por demasiadamente extenso, seria contrario aos interesses dos outros Estados e ao mesmo principio da liberdade dos mares.

E tanto é verdade que a applicação rigorosa de alcance maximo do canhão resultaria inconveniente e perigosa que no mesmo congresso de Paris, embora todos ou a maioria dos congressistas acceitassem este principio sob o ponto de vista theorico, nenhum ousou defendel-a. Este curioso e extranho illogismo é de si eloquentissimo e serve para mostrar ainda a necessidade de abandonar tal criterio.

Pelo contrario, o criterio do real alcance defensivo do canhão não possue nenhum d'estes inconvenientes e realiza praticamente os principios que baseiam a sujeição do mar territorial á soberania do Estado, cujas costas banha.

Parece até que, de facto, foi o criterio admittido pelo Congresso de Paris, pois que a extensão de 6 milhas era nessa epoca approximadamente o seu limite (1).

---

(1) Escusado será notar que para conservar a soberania do mar territorial não é necessario que o Estado tenha as suas costas guarnecidas de baterias fixas e permanentes. Como ensina HAUTEFEUILLE, «l'absence de ces moyens de coercition,

O que fica exposto relativamente ao mar territorial applica-se com algumas variantes aos portos, bahias, golphos, etc., e ainda aos estreitos (1).

Sobre esta extensão de mar deve exercer-se em certo grau a soberania do Estado e egualmente a sua jurisdicção. Relativamente á jurisdicção penal, alguns escriptores limitam-na aos portos e á parte de mar visinho da costa, isto é, áquelle que em rigor, se póde denominar — littoral —. Esta não parece ser a tendencia actual.

Seja, porém, como fôr, praticamente mantem-se o limite de 3 milhas. Conseguintemente, é neste sentido que se deve definir o mar territorial portuguez, sendo,

---

le désarmement, soit temporaire, soit même perpetuel, d'une partie des rivages de la mer, car il existe dans tous les pays certains points de côtes qui n'ont jamais été armés, ne nuit en rien au droit lui-même, ne change pas les limites que nous venons de lui assigner. La nation souveraine de la terre baignée par les flots est, par celà seul, souveraine de la mer territoriale; et exerce ses droits sur le dernier de ces domaines, comme sur le premier, de la manière qu'il convient à ses interêts, sans que le mode d'exercice par elle adopté puisse diminuer la realité du droit». (*Des droits et des devoirs des nations neutres en temps de guerre maritime,* tit. I, cap. III, sect. I).

(1) Sobre a materia exposta e o ponto de partida da medição das aguas territoriaes, cf. Godey, art. cit.; Pappafava, art. cit., pag. 446-448; Sole, ob. cit., pag. 36-37; Garraud, ob. e vol. cit., pag. 205-206; Manducca, ob. cit., pag. 465-466; Aubert, *La mer territoriale de la Norvége,* apud *Revue générale de droit international public,* tom. I, 1894, pag. 429-441; Ferrer, *Elementos dos direitos das gentes,* pag. 95, as Resoluções adoptadas pelo Instituto de Direito Internacional no Congresso de Paris em 1 de março de 1894, apud *Rev. de droit internat.*, 1894, pag. 317 e 318, etc.

por isso, competentes para o julgamento e punição dos crimes ahi commettidos a lei e os tribunaes do novo Estado.

Uma excepção a esta regra estabelece, porém, o Codigo penal portuguez, excepção que é tambem admittida por muitas legislações extrangeiras e escriptores.

É constituida: 1.º pelas infracções praticadas a bordo de navio de guerra extrangeiro em porto ou mar territorial portuguez;

2.º pelas infracções commettidas a bordo de navio mercante extrangeiro em porto ou mar territorial portuguez, quando tiverem logar entre gente da tripulação sómente e não perturbarem a tranquillidade do porto (§ 1.º do art.º do Codigo penal).

Em rigor, não ha excepção ao principio da jurisdicção da lei portugueza sobre os crimes praticados em territorio portuguez, pois que, como mostraremos em o numero seguinte, taes crimes são juridicamente mettidos em territorio extranjeiro.

A mesma doutrina era consignada no § 4.º do art. 1.º da lei de 1 de julho de 1867, da qual o § 1.º do art. 53.º do Codigo penal em vigor é copia.

Segundo a opinião do Dr. Secco o pensamento do paragrapho era outro; não isemptava da jurisdicção da lei penal portugueza todos os crimes praticados em mar territorial ou porto portuguez a bordo dos navios de guerra extrangeiros, mas apenas aquelles que reunissem as condições dos commettidos a bordo dos navios mercantes, isto é: que tivessem logar entre gente da tripulação sómente e não perturbassem a tranquillidade do porto.

Em dois argumentos estribava o seu parecer: a letra da lei e a razão de reciprocidade consignada

em o n.º 2.º do art. 1.º da citada lei de 1 de julho de 1867 que manda applicar a lei portugueza «aos crimes praticados a bordo de navio portuguez em mar alto, de *navio de guerra portuguez surto em porto extrangeiro, ou de navio mercante portuguez surto em porto extrangeiro quando os delictos tiverem logar entre gente da tripulação sómente, e não houverem perturbado a tranquillidade do porto*».

Analysal-os-hemos em o numero seguinte, onde tem melhor cabimento o seu exame, tanto mais que um d'elles se firma numa supposta doutrina do n.º 2.º da lei de 1 de julho de 1867, fonte directa do n.º 2.º do art. 53.º do Codigo penal em vigor.

Não fecharemos, porém, este numero sem que indiquemos qual a doutrina definida a este respeito pelo Codigo penal de 1852.

Não distinguia entre navios de guerra e navios mercantes e apenas excluia da competencia da lei portugueza os crimes commettidos a bordo do navio por pessoas da sua tripulação contra outras da mesma tripulação.

É o que se deduz irrecusavelmente do n.º 7.º do art. 27.º, concebido nos seguintes termos: «a todos os portuguezes ou extrangeiros, que commetterem algum crime a bordo de *navio extrangeiro* em porto portuguez (1); *excepto se esse crime fôr commettido por pessoa da sua tripulação contra outros da mesma tripulação*».

7. Por uma ficção juridica, geralmente admittida,

---

(1) A omissão da phrase — mar territorial — explica-se por dispensavel. O que se preceitua em relação ao porto deve *a fortiori* applicar-se ao mar territorial.

tambem são consideradas parte integrante do territorio do Estado os seus navios.

Esta ficção applica-se integralmente quando os navios navegam no mar alto. Quando, porém, estão ancorados nos portos, ou navegam em mar territorial extrangeiro a extensão do principio é differente, segundo os navios são de guerra ou mercantes. Relativamente áquelles, todos os escriptores são accordes em os considerar sempre porção fluctuante do territorio, e isemptos da jurisdicção das aguas territoriaes os crimes commettidos a bordo.

O navio de guerra representa a força publica e, por consequencia, a soberania do Estado que não póde estar sujeita a jurisdicção extranha. Esta doutrina é tambem universalmente consagrada pelas legislações.

Relativamente aos navios mercantes as soluções dos escriptores são extremamente divergentes. Podem, todavia, reduzir-se a tres fundamentaes.

Uma nega em absoluto que os navios mercantes, ao entrar nas aguas territoriaes ou porto d'um Estado extrangeiro, continuem a ser, como dizia Bentham, uma pequena provincia ambulante do Estado a que pertencem.

«Les vaisseaux marchands—, escrevia Reddie, um dos defensores d'esta opinião, — doivent être considérés, non comme un territoire, mais comme un wagon de marchandises, la male ou la valise d'un voyageur» (1).

Outra, sustentada por Heffter, Bentham, Rocco,

---

(1) *On maritime international law*, tom. II, pag. 161, cit. por Esperson, *Diritto diplomatico e guirisdizione internazionale marittima*, tom. II, part. II, pag. 111.

Sole e Fedozzi identifica para o effeito especial que ora consideramos, os navios de guerra e os mercantes e defende que estes manteem sempre e em toda a parte a qualidade de parte integrante do territorio do Estado.

Finalmente, a terceira opinião, que póde denominar-se — intermedia ou ecclectica — ensina que os navios mercantes devem considerar-se parte integrante do territorio do Estado só no que respeita a factos passados entre a tripulação que não infrinjam os direitos de policia do Estado ribeirinho e não alterem ou perturbem a tranquillidade do porto.

D'aqui tres conclusões differentes relativamente á competencia da jurisdicção da lei do Estado ribeirinho sobre os crimes commettidos nas suas aguas territoriaes a bordo dos navios mercantes extrangeiros: *a*) absoluta competencia; *b*) absoluta incompetencia da lei territorial e competencia da lei nacional; e *c*) competencia da lei territorial restricta aos crimes commettidos entre pessoas, uma das quaes ou todas não pertençam á tripulação e de que resulte alteração ou perturbação da tranquillidade do porto.

Qual d'estas doutrinas é, em theoria, preferivel?

Vejamos:

A primeira doutrina, que, legislativamente, só foi consagrada na Inglaterra (1), está hoje inteiramente

---

(1) Lei de 16 de agosto de 1878, art. 2.º que estabelece que a infracção commettida por um individuo, subdito ou não, de Sua Magestade Britannica, nas aguas territoriaes de Sua Magestade cahe sob a jurisdicção do almirantado, ainda que o tenha sido a bordo ou por meio d'um navio extrangeiro.

Quando o delinquente fôr extrangeiro, a lei exige para a

abandonada, até pelos proprios jurisconsultos inglezes; e com effeito, ella contradiz abertamente os principios fundamentaes de direito internacional maritimo.

Se, em principio, o navio de guerra ou mercante, é um prolongamento do territorio do Estado; se este existe onde está a sua bandeira, symbolo evidente da sua soberania, não se comprehende, na verdade, que o simples facto de navegar em aguas territoriaes ou mesmo de ancorar em porto d'outro Estado seja de si sufficiente para lhe fazer perder, por completo, a qualidade de parte integrante do territorio do Estado, a que pertence e, conseguintemente, sujeitar á lei das aguas territoriaes todos os crimes nelles commettidos.

Nem a soberania d'esta implica tal consequencia, pois que, se lhe é devido respeito, egual se deve, pelo menos, á soberania da lei do Estado, cuja bandeira cobre e protege o navio.

E se algum valor podesse ter essa consideração, o corollario a inferir seria, não a sua competencia absoluta, mas, como ensina a opinião intermedia, a sua competencia restricta aos crimes que perturbassem a tranquillidade do porto e não tivessem logar sómente entre pessoas da tripulação.

Em nosso entender, porém, nem mesmo este principio é objectivamente exacto, não obstante a sua apparencia suggestiva de verdade.

---

instauração da acção o consentimento d'um dos principaes secretarios d'Estado de Sua Magestade Britannica.

Esta lei foi muito vivamente combatida no parlamento, segundo informa FEDOZZI num artigo intitulado — *Des délits à bord des navires marchands dans les eaux territoriales étrangères*, apud *Revue générale de droit international public*, tom. IV, 1897, pag. 206.

É certo que uma brilhante phalange de escriptores, principalmente francezes, o proclama e defende e é certo tambem que tem triumphado no campo legislativo.

Definido pela primeira vez d'uma fórma precisa pelo decreto do conselho de Estado francez de 20 de novembro de 1806, tem sido inserto em quasi todos os tratados de commercio e navegação e convenções consulares e tem vigorado e vigora em quasi todos os Estados europeus e americanos, por virtude de expressa disposição legislativa nuns (1) e por uma jurisprudencia uniforme noutros (2).

E até em Congressos juridicos elle tem sido definido e consagrado com maior ou menor extensão, de que é exemplo o Congresso do Instituto de Direito Internacional realizado em Paris em 1894 o qual, no seu projecto de regulamentação do mar territorial, inseriu o art. 6.º, assim concebido: «Les crimes et délits commis à bord des navires étrangers de passage dans la mer territoriale par des personnes qui se trouvent à bord de ces navires, sur des personnes ou des choses à bord de ces mêmes navires sont, comme tels, en dehors de la jurisdiction de l'État riverain, à moins qu'ils n'impliquent une violation des droits ou des interêts de l'État riverain ou de ses ressortissants ne faisant partie ni de l'équipage ni des passagers».

E a mesma doutrina foi votada no Congresso de Copenhague em 1897 (3).

---

(1) Codigo penal do Mexico, art. 189.º; Lei brazileira de 4 de agosto de 1875, art. 6.º, etc.

(2) FEDOZZI, art. e loc. cit.

(3) Cf. *Revue générale de droit international public*, 1897, pag. 771, 775 e 776.

Entretanto, sem embargo do numero e irrecusavel valor dos suffragios colhidos pela theoria intermedia ou eclectica, não hesitamos na sua rejeição.

Muitas objecções se podem dirigir-lhe e, na realidade, lhe tem sido dirigidas.

Em primeiro logar, tem-se negado fundamento á distincção entre navios de guerra e navios mercantes para o effeito de isemptar aquelles e sujeitar estes á jurisdicção da lei do Estado a que pertencem as aguas territoriaes.

Tanto uns como outros são cobertos e protegidos pela bandeira do Estado, symbolo da soberania.

«Ritenuto una volta che il bastimento é una proroganzione del territorio della nazione, il cui vessillo aventola su di esso, -- escrevia ROCCO, — non si potrebbe infra il territorio continentale del paese e questo territorio galleggiante del paese medesimo ammettere alcuna distinzione senza menomare l'indipendenza territoriale dello Stato» (1).

Além d'isso, o criterio da theoria ecclectica é vago, indeterminado e arbitrario.

Na verdade, tanto monta dizer que a jurisdicção local só existe e intervem quando pela pratica do crime a bordo a tranquillidade do porto fôr perturbada, como abrir a porta ao arbitrio do magistrado numa materia que por todos os motivos deve ser rigorosamente definida, como é a materia da competencia.

Offerece, sob este ponto de vista, um exemplo eloquente a jurisprudencia italiana, na qual, segundo

---

(1) *Diritto civile internazionale*, vol. 3.°, pag 347 e 348.

informa FEDOZZI, as decisões contradictorias a cada passo se entrechocam a proposito da determinação do que seja ou deva entender-se por perturbação da tranquillidade do porto. (1).

Por outro lado, como diz este escriptor, «le jugement par l'autorité locale d'un crime de droit commun commis par un étranger á bord d'un navire marchand étranger ne peut être nécessairement qu'imparfait.

L'autorité appelée à statuer, quelque savante et impartiale qu'elle soit, *est en effet dans des conditions complètes d'ignorance par rapport à la langue, aux coutumes et au milieu où le délit s'est produit et a trouvé sans aucune doute son impulsion première. Le navire marchand représente un collectivité étrangère organisée; c'est une colonie flottante de la mère patrie, qui, partout où elle navigue, porte avec elle tous les caractères de la nation dont elle depend;* il nous semble qu'il y a là un cas proprement typique d'application de cette personalité du droit et de la jurisdiction pénale, qui aujourd'hui n'est admise encore que dans d'étroites limites, mais que nous croyons destinée à recevoir plus tard un large développement». (2).

Finalmente, a theoria que vimos apreciando é em si mesma uma construcção incoherente e contradictoria. Como todas as theorias ecclecticas, pretende conciliar o inconciliavel.

Repousando sobre o principio mixto da territorialidade e extraterritorialidade dos navios, põe a seu

---

(1) Ob. e loc. cit., pag. 210-212.

(2) *Des délits à bord des navires marchands dans les eaux territoriales étrangères*, apud *Revue générale de droit international public*, tom. 4.º, 1897, pag. 214.

serviço duas ficções juridicas, uma das quaes é a negação terminante e absoluta da outra.

Se se admitte para um caso a applicação d'uma, não poderá, diz FEDOZZI, applicar-se a outra relativamente a um caso da mesma especie.

Crêmos bastantes as considerações expostas para demonstrar a falsidade da theoria ecclectica, originaria da França, e para provar a conveniencia de negar á jurisdicção local competencia para conhecer dos crimes praticados a bordo dos navios mercantes e de, pelo contrario, os sujeitar á do Estado a que pertence o navio.

É certo que, praticamente, ainda nenhuma legislação consignou este principio, mas, como é evidente, isto não prova contra a sua verdade. Quando a analyse do problema se fizer em todos os seus aspectos, á luz de criterios deduzidos da sociologia criminal e se dér menor parte aos criterios politicos que hoje o dominam, a solução que defendemos, crêmol-o, será em principio preferida.

Resumindo o que fica exposto diremos que em nossa opinião as infracções commettidas a bordo dos navios, tanto de guerra como mercantes, no mar alto, nas aguas territoriaes ou nos portos, devem em principio ser julgadas e punidas segundo a lei e pelos tribunaes do Estado a que o navio pertence.

Com esta doutrina concorda a da lei portugueza na parte respeitante ás infracções praticadas em mar alto a bordo de navios de guerra ou mercantes e em aguas territoriaes ou portos a bordo dos navios de guerra.

Conseguintemente, é applicavel:

1.º ás infracções commettidas em mar alto a bordo

dos navios portuguezes, de guerra e mercantes, e não o é ás commettidas no mesmo mar a bordo de navios extrangeiros (art. 53.º, nº 2.º);

2.º ás infracções commettidas em mar territorial ou porto extrangeiro a bordo de navio de guerra portuguez e não o é ás infracções praticadas em mar territorial ou porto portuguez a bordo de navio de guerra extrangeiro (art. 53.º n.º 2.º § 1.º).

Identica doutrina se achava definida em o n.º 2.º e § 1.º do art. 1.º da lei de 1 de julho de 1867.

Como noutro logar já dissemos, não pensava assim o Dr. Secco, segundo o qual a competencia da lei portugueza sobre os crimes commettidos a bordo de navio de guerra portuguez em porto ou mar territorial extrangeiro dependia, á semelhança do que succede com os crimes praticados a bordo de navio mercante, da realisação cumulativa de duas condições: terem logar entre pessoas da tripulação sómente e não perturbarem a tranquillidade do porto.

E inversamente a sua competencia sobre os crimes commettidos a bordo de navio de guerra extrangeiro em porto ou mar territorial portuguez dependia da realisação d'uma das condições oppostas.

«*Auctoriza-nos para tanto a letra* (do § 1.º do art. 1.º da lei de 1867) e até a razão da reciprocidade no referido n.º 2.º» — dizia este escriptor (1).

Ora, em boa hermeneutica, nem a razão de reciprocidade que não existia em o n.º 2.º do art. 1.º da lei

---

(1) Codigo penal portuguez annotado (Coimbra, 1881), pag. 19. Esta parece ser tambem a opinião do Sr. Abel do Valle. (Vid. cit. *Annotações ao livro primeiro do Codigo penal portuguez*, pag. 228).

de 1867, nem a letra d'este numero e a do § 1.º do art. 1.º da lei citada auctorisam tal conclusão.

Da sua analyse flue directamente a conclusão opposta e, em boa verdade, póde dizer-se que o Dr. Secco não julgava muito segura a sua doutrina, pois que pouco antes, em relação ao n.º 2.º do art. 1.º da lei de 1867, escrevia: «4.º aos crimes perpetrados:...

b) *a bordo de navio de guerra portuguez surto em porto extrangeiro.*

c) A bordo de navio mercante portuguez surto em porto extrangeiro, *quando os delictos tiverem logar entre gente da tripulação sómente, e não houverem perturbado a tranquillidade do porto*».

A razão da reciprocidade devia, pois, levar o Dr. Secco a doutrina opposta.

A propria letra do § 1.º e do n.º 2.º, quando d'elle se queira inferir algum argumento decisivo, leva á mesma conclusão, pois que parece subordinar a oração introduzida pela conjuncção — quando — á expressão immediatamente anterior, o que é confirmado ainda pela repetição da phrase — a bordo — que se encontra no § 1.º

Quando, porém, a letra da lei deixasse o ponto duvidoso, o facto de a nossa lei ter seguido a lei franceza e de sempre se ter considerado fóra do alcance da jurisdicção das aguas territoriaes os crimes commettidos a bordo dos navios de guerra seria argumento decisivo contra a opinião do Dr. Secco

Quanto ás infracções commettidas em porto ou mar territorial a bordo de navios mercantes adoptou a nossa lei a theoria intermedia ou franceza, e de harmonia com ella definiu a sua competencia relativamente: 1.º ás infracções commettidas em porto ou mar territorial extrangeiro a bordo de navio mercante

portuguez, quando tiverem logar entre pessoas da tripulação sómente e não perturbarem a tranquillidade do porto (art. 53.º, n.º 2.º (1);

2.º ás infracções commettidas em porto ou mar territorial portuguez a bordo de navio mercante extrangeiro quando não tiverem logar entre pessoas da tripulação somente ou perturbarem a tranquillidade do porto. (§ 1.º do art. 53.º). (2).

O Codigo penal de 1852 estabelecia doutrina differente. A lei portugueza era applicavel a todo o portuguez que commettesse algum crime contra outro portuguez a bordo de navio portuguez surto em porto extrangeiro (n.º 5.º do art. 27.º).

Esta doutrina era conjunctamente mais ampla e mais restricta do que a actual. Mais ampla, emquanto sujeitava incondicionalmente á lei portugueza os crimes praticados a bordo de *todos e quaesquer* navios portuguezes surtos em porto extrangeiro; e mais restricta emquanto limitava a sua competencia aos crimes praticados *entre portuguezes* (3).

---

(1) Por perturbação do porto ou littoral entende-se a extensão da desordem, nas suas consequencias, de bordo a terra firme e ainda o facto de se ter requerido, para que a desordem se extinga, a intervenção das auctoridades locaes. Dr. Secco, ob. cit., pag. 18; Accordão da Relação dos Açores de 28 de maio de 1892, apud *Revista dos Tribunaes,* vol. xi, pag. 95 e 96).

(2) Ac. cit.

(3) Do confronto d'esta parte da doutrina do n.º 6.º com o n.º 1.º do art. 27.º do Codigo penal de 1852 podem inferir-se duas conclusões oppostas: ou que são antinomicos os preceitos ou que se completam. E nesta ultima hypothese ficaria explicada, por dispensavel, a referencia aos extrangeiros que a

Além d'isso, por virtude do n.º 7.º do art. 27.º a lei portugueza era applicavel aos crimes commettidos a bordo de navio extrangeiro em porto portuguez logo que fossem commettidos por pessoa da sua tripulação contra outra que a ella não pertencesse.

A competencia da lei portugueza era, ainda neste ponto, mais ampla do que o é actualmente, sob um duplo aspecto. Não distinguia entre navio de guerra e navio mercante e por outro lado não dependia de que o crime perturbasse a tranquillidade do porto (1).

---

bordo de navio portuguez commettessem crime contra portuguez.

O que em qualquer das hypotheses resultaria sempre indiscutivel é a não applicação da lei portugueza a crimes praticados por portuguezes ou extrangeiros contra extrangeiros, pois que, conquanto o n.º 1.º do art. 27.º se refira indistinctamente a crimes praticados por extrangeiros residentes em dominios portuguezes, seria repugnante e absurdo que a nossa lei declarasse mais ampla a esphera da sua competencia relativamente a extrangeiros do que a nacionaes.

Defendemos, porém, que, não obstante o absurdo pratico que d'ahi resulta, as disposições do n.º 6.º e n.º 1.º do art. 17.º são antinomicas e inconciliaveis, com os seguintes fundamentos: 1.º a letra do n.º 6.º é expressa: só se refere a portuguezes, — 2.º — o principio da territorialidade da lei penal que serve de base á doutrina do n.º 1.º não é, segundo o Codigo, aquelle que fundamenta a doutrina do n.º 6.º, porque se o fosse, a applicação da lei portugueza não seria subordinada ao facto de serem portuguezes os auctores e as victimas do delicto;

3.º a referencia expressa a extrangeiros em o n.º 7.º indica que o intuito do legislador foi excluil-os em o n.º 6.º

(1) O intuito do legislador portuguez foi, como se infere do confronto do n.º 6.º com o n.º 7.º do Codigo penal de 1852, sujeitar á lei portugueza o maior numero possivel de crimes, embora para isso tivesse de calcar todos os principios e incorrer na mais flagrante incoherencia. Em o n.º 6.º nega á lei

8. Tambem em certa maneira se póde considerar para os effeitos da competencia e jurisdicção penal parte do territorio do Estado o solo ou fracção do solo extrangeiro occupado pela força armada nacional.

«Une armée expéditionnaire, dans un pays étranger, — diz GARRAUD, — est un démembrement de l'État auquel elle appartient» (1).

Onde está a bandeira, ahi existe o Estado. «Là où est le drapeau, là est la France». Por virtude d'esta ficção admitte-se que cabe ao Estado occupante sobre o solo extrangeiro um certo direito de imperio que passamos a definir,

Primeiro que tudo, diremos que, ou o solo occupado pertença a Estado amigo ou inimigo, a sua occupação não confere ao occupante todos os direitos de soberania.

Assim, não tem o direito de «mudar as leis civis e criminaes dos territorios em que se encontram as suas tropas nem de impôr que a justiça seja administrada

---

extrangeira competencia para punir os crimes praticados por portuguezes contra portuguezes a bordo de navio portuguez, tenham ou não perturbado a tranquillidade do porto; e em o n.º 7.º declara-se competente para punir os crimes commettidos por extrangeiros contra extrangeiros a bordo de navio extrangeiro.

«Quer dizer, exclama SILVA FERRÃO — sustentamos para nós, *os portuguezes em geral,* nos delictos commettidos *a bordo de navio portuguez* em *portos extrangeiros,* um privilegio, que nos nossos portos só concedemos, *restricto ás pessoas da tripulação;* e arrogâmo-nos assim, maior imperio numa parte integrante do territorio alheio que o que em nossos portos não abdicamos ás outras nações, em perfeita egualdade de circumstancias. (Ob. cit., pag. 313).

(1) Ob. cit., vol. I, pag. 208.

em seu nome». Só uma conquista completa, definitiva e irrevogavel lh'o poderia outorgar.

Direito de jurisdicção penal possue-o, todavia, pois que não póde negar-se-lhe o direito de provêr á segurança e conservação do corpo expedicionario.

Até onde se extende, porém, este direito? Que crimes e pessoas abrange? A resposta a estas perguntas implica a distincção previa de duas hypotheses: ou o solo occupado pelo exercito nacional pertence a Estado amigo ou a Estado inimigo.

Na primeira hypothese, é doutrina dos escriptores que devem ser sujeitos á lei e á jurisdicção dos tribunaes do Estado occupante todos os crimes, militares ou communs, que os membros do exercito commettam, dentro do territorio occupado, embora as victimas da infracção sejam membros de outro Estado.

A razão está, como diz CALVO, nos omnimodos perigos e inconvenientes a que ficaria exposto o exercito occupante, se a sua direcção e policia fossem subtrahidas a seus officiaes para serem exercidas por auctoridades locaes extrangeiras.

D'este principio derivam natural e logicamente as seguintes consequencias:

a) fica sujeito á jurisdicção e deve ser punido segundo a lei territorial do Estado todo o militar que commetter uma infracção contra qualquer outro militar ou habitante do paiz fóra do territorio occupado pelo exercito de que faz parte, tenha ou não conseguido retirar-se para as fileiras do exercito, antes de ser attingido pela acção da justiça territorial (1);

---

(1) Este é o corollario logico e rigoroso dos principios. Entretanto não negamos que, no caso de a auctoridade mili-

b) a fuga do territorio occupado não isempta da jurisdicção do Estado a que pertence o exercito occupante o militar que dentro d'elle tenha commettido qualquer crime. Conseguintemente, se o criminoso fôr reclamado pela auctoridade militar, a auctoridade territorial deve entregal-o (1).

Á lei e á jurisdicção d'esta devem, porém, ficar sujeitos os crimes e delictos praticados pelos habitantes do solo occupado, ainda que as victimas sejam os proprios membros do exercito occupante.

A razão é obvia. A occupação do solo do Estado alliado realiza-se mediante o seu prévio consentimento e sob o seu patrocinio; e resultaria um monstruoso absurdo suppôr que este Estado abdicasse tacitamente do poder jurisdiccional que lhe cabe sobre os seus subditos para os submetter á jurisdicção e lei do Estado do exercito occupante.

Na segunda hypothese, isto é, quando o solo occu-

---

tar julgar preferivel deferir o julgamento do delicto ao conselho de guerra, possa ser, como diz Pasquale Fiore, politicamente inopportuno e inconveniente pedir a entrega do criminoso, tanto mais que póde considerar-se sufficiente para salvaguardar os interesses da sociedade uma repressão immediata e porventura mais rigorosa do que aquella que applicaria a jurisdicção territorial. (Cit. *Traité de droit international*, part. I, pag. 23). As relações d'amizade que prendem o Estado do exercito occupante ao do solo occupado e conjunctamente a identidade de interesse na punição do crime são, com effeito, fiança segura de que a repressão seja effectiva e sufficiente.

(1) Sobre as formalidades que devem acompanhar a entrega do delinquente e ácerca do seu caracter juridico, vid. Pasquale Fiore, cit. *Traité de droit penal international*, I partie, pag. 23 e 24.

pado pertence a Estado inimigo, a maioria dos escriptores concorda em declarar a jurisdicção penal do Estado occupante mais ampla e mais comprehensiva.

Divergem, porém, na delimitação rigorosa e precisa da esphera em que deve mover-se. GARRAUD parece extendel-a a todas as infracções, d'indole militar ou communs, commettidas, dentro do perimetro occupado, pelos membros do exercito occupante ou pelos habitantes do solo (1).

Outros escriptores exceptuam os crimes e delictos de direito commum, cujos auctores e victimas sejam inteiramente extranhos ao exercito.

MAURICE BERNARD, porém, vai mais longe: subtrahe á jurisdicção dos tribunaes do Estado do exercito occupante os crimes ou delictos communs que os habitantes do solo occupado tenham commettido contra os militares, excepto na hypothese em que das circumstancias do delicto resulte que a qualidade de membro do exercito occupante fôra causa determinante do delicto.

D'est'arte, o alcance e a extensão da jurisdicção penal do Estado occupante seria, em principio, quasi a mesma, quer o territorio pertencesse a Estado amigo, quer a Estado inimigo.

Em nosso juizo, é esta a opinião que encerra a verdadeira solução do problema e concilia da maneira mais harmonica, util e justa as duas soberanias em conflicto.

GARRAUD, sustentando a plenitude jurisdiccional do

---

(1) Ob. cit., pag. 209.

Estado occupante, confere-lhe um direito que só póde derivar do direito de absoluta e completa soberania. Ora, como já observamos, este só pode ser-lhe outorgado pela conquista tambem completa e definitiva.

Além d'isso, a segurança do seu exercito não é atacada; o facto, digamos assim, é-lhe completa ou quasi completamente indifferente.

Por outro lado, é principio fundamental de justiça a sujeição de cada um aos seus juizes naturaes, ao que accresce, no caso sujeito, a maxima utilidade social, pois que, em principio, a lei territorial deve ser reputada mais efficaz e os tribunaes locaes mais competentes para operarem conjunctamente a defeza social e a readaptação do delinquente.

A outra opinião, praticamente considerada, é quasi equivalente á de MAURICE BERNARD.

Se é indiscutivel que póde haver crimes, commettidos pelos habitantes do territorio contra membros do exercito occupante, sem que o seu factor determinante seja a qualidade militar d'estes, rarissimos serão os casos em que, pelo menos na apparencia, esta não possa considerar-se elemento concorrente.

Por isso cremos que, de facto, a auctoridade militar, dada a sua posição especial de hostilidade no territorio inimigo, submettel-os-ha sempre á sua jurisdicção.

Em principio, porém, a opinião de MAURICE BERNARD é mais digna de applauso.

Se em contrario pode invocar-se o justo receio de que os magistrados locaes sejam excessivamente benevolos para o delinquente, não é menos justo o receio de que a auctoridade militar seja excessivamente rigorosa; na applicação da pena avalie a responsabilidade criminal do delinquente pela exclusiva materialidade

do facto, aggravada ainda pelo seu natural sentimento de hostilidade e conjunctamente o despoje de todas as garantias processuaes que a sua lei consagra em seu beneficio.

Além d'isso, repetimos, se, como tudo leva a affirmar, o crime é um facto bio-social, producto da acção conjuncta e concorrente de factores anthropologicos e do ambiente social em que se agita e desenvolve a actividade psychica do delinquente, é verosimil que seja mais efficaz o tratamento penal fixado na lei e applicado pelos magistrados territoriaes que certamente possuem elementos mais seguros de diagnose e de interpretação da sua anomalia psychica.

A nossa lei não fornece elemento algum positivo e sèguro do qual possamos inferir o pensamento do legislador sobre o assumpto que acabamos de analysar, nem, apesar da investigação a que procedemos, encontrámos qual seja sobre elle a orientação da nossa jurisprudencia, extremamente pobre ácerca da competencia penal internacional.

Dadas porém as suas affinidades com a lei franceza, e a tendencia expansiva de todas as soberanias em materia penal, conjecturamos que a doutrina de GARRAUD seria aquella que o legislador teve em vista, se é que pensou neste assumpto.

9. Sob a pressão dos progressos da navegação aerea que num periodo curto receberá um maravilhoso impulso, se for descoberta a solução, tão vivamente procurada hoje, do problema da direcção dos balões, a hypothese de crimes commettidos nos balões fluctuantes no espaço aereo começou a adquirir um aspecto sufficientemente importante para chamar a attenção

de escriptores, como MANDUCCA e MASUCCI, e para justificar as referencias, aliás ligeiras, que passamos a fazer-lhe, tendentes a determinar qual a lei e tribunaes competentes para o seu julgamento e punição.

É isto só se póde fazer, fixando e definindo a natureza juridica do espaço aereo em relação ao territorio, pois que o facto de o balão pertencer a nacionaes ou extrangeiros é evidentemente nullo e indifferente para a solução da difficuldade.

MANDUCCA parece considerar só parte integrante do territorio do Estado o espaço aereo correspondente á sua superficie até uma altura que não seja muito consideravel, como 200 ou 300 metros, segundo o exemplo que apresenta.

E de harmonia com este principio, ensina que só os crimes commettidos na barquinha do balão fluctuante em plena liberdade a essa altura do espaço ficam sujeitos á lei e jurisdicção dos tribunaes do estado territorial, caindo sob a acção da lei e jurisdicção do Estado a que pertencem o aeronauta e o aerostato os commettidos no mesmo balão, que fluctue a altura consideravel, como de 600, 700 metros ou mais.

Quando, porém, o balão estiver preso, é sempre competente, na opinião de MANDUCCA, a lei e a jurisdicção do Estado de cujo territorio elle se elevou, seja qual fôr a altura da sua elevação e corresponda ou não o espaço aereo á superficie d'aquella Estado.

Em resumo, segundo este escriptor, a determinação de jurisdicção applicavel aos crimes praticados nos balões faz-se por meio da applicação de principios analogos aos que servem para os crimes commettidos em os navios (1).

---

(1) Ob. cit., pag. 464-465, e *La responsabilità penale dei*

MASUCCI equipara o espaço aereo ao mar livre e sujeita á jurisdicção do territorio de que o balão se elevou, os crimes nelle commettidos (1).

Em principio adherimos á doutrina de MANDUCCA.

É certo que por sua natureza o ar é insusceptivel de appropriação, mas é tambem incontestavel que a perturbação social resultante do crime praticado no balão que fluctue a uma altura não muito consideravel será, em regra, maior no territorio do Estado que fica sob a zona de ar em que o crime foi commettido do que no Estado, de cujo territorio o balão se desprendeu.

Além d'isso, se não pelos mesmos, por analogos motivos se póde applicar para o effeito de determinar a lei e jurisdicção penal applicaveis a mesma ficção que explica a existencia do mar territorial.

A difficuldade estará, em grande numero de casos na determinação precisa do ponto do espaço aereo em que o crime foi commettido.

Neste caso, como seria inconveniente que o delinquente colhesse como premio do crime praticado a impunidade, deve julgar-se competente a lei do territorio do qual partiu o balão.

10. Muitos escriptores integram tambem em a noção juridica do territorio as legações, isto é, o edificio em que ella está installada e, segundo alguns, ainda a propria carruagem dos embaixadores.

---

reati commessi nello spazio aereo e la giurisdizione istruttoria. Teoria di diritto penale internazionale, apud *Il Foro penale*, vol. I, fasc. X, pag. 153.

(1) *Il codice penale italiano*, vol. II, pag. 177.

Esta doutrina que praticamente tem sido realisada até o mais extranho e doentio exaggero, pois tempos houve em que o privilegio da extraterritorialidade concedido ao enviado diplomatico se extendeu a todo o bairro em que ficava situado o seu palacio (1), tem sido desde longa data tão vigorosamente combatida que bem pode relegar-se hoje para o archivo historico das concepções gastas e mortas.

E, na verdade, basta uma indicação ligeira das absurdas consequencias que implica para se patentear clara e irrecusavel a sua falsidade.

«Si cette fiction (a da exterritorialidade do palacio dos agentes diplomaticos) était exacte, — escreve GARRAUD, — il faudrait, en effet, décider: 1.º que l'hôtel de l'ambassadeur étant terre étrangère, les infractions commises dans cet hôtel, quelle que fût la nationalité du coupable, seraient reputées commises en pays étranger; 2.º que les auteurs ou les complices de ces infractions ne pourraient être poursuivis en France que dans les mêmes cas et dans les mêmes conditions que les auteurs des infractions commises en pays étranger; 3.º que les prévenus ou condamnés que s'y refugieraient n'en pourraient être enlevés que sur une demande d'extradition régulière. Ces trois conséquences sont inadmissibles; aucune d'elles n'est imposée par le respect dû à l'inviolabilité de l'ambassadeur ou des choses nécessaires à ses fonctions» (2).

É certo que a posição dos agentes diplomaticos pe-

---

(1) D'aqui o *jus quartierorum* em uso em muitos logares e particularmente em Roma, Veneza, Madrid e Francfort. SOLE, ob. cit., pag. 129.

(2) Ob. cit., pag. 223.

rante a jurisdicção penal do Estado junto do qual estão acreditados pelos crimes ahi commettidos tem um aspecto particular que a distingue da posição de qualquer outro individuo extrangeiro; mas isso depende apenas da sua qualidade especial de agente diplomatico, como veremos noutro logar.

Do que fica exposto deduz-se que a lei penal do Estado em que se encontra o edificio da legação é applicavel e os seus tribunaes competentes para julgar e punir todos os individuos nacionaes ou extrangeiros, á excepção dos agentes diplomaticos, que commettam qualquer crime no edificio da legação ou que, commettendo-o fóra d'elle, ahi se refugiem.

As necessidades publicas da justiça são imperiosas; e uma vez adoptado o principio da territorialidade do direito penal, forçoso é admittir que os direitos jurisdiccionaes da soberania territorial sobre todas as partes do seu territorio são inviolaveis e absolutos e não podem ser restringidos pelo predominio d'um privilegio que em rigor só deve pertencer aos agentes diplomaticos (1).

O palacio d'estes não póde servir de asylo á impunidade do delinquente; e, por isso, os agentes diplomaticos devem-no entregar aos magistrados locaes logo que estes os convidem a entregal-o.

Supponhamos, porém, que se recusam a entregar o criminoso. Poderão, neste caso, os magistrados locaes proceder a uma visita domiciliaria no seu palacio? Certamente.

Mas como se concilia este processo, sem duvida vio-

---

(1) P. Fiore, *Traité de droit pénal international,* 1.e partie, pag. 21.

lento, com o respeito devido á alta dignidade de que se acha revestido o enviado diplomatico?

Em rigor, póde dizer-se que a obrigação de respeito desapparece no caso sujeito em virtude do procedimento do mesmo agente diplomatico que assim se desrespeita e despreza a qualidade que o reveste.

Entretanto, como elle é o representante d'uma soberania a que são inherentes os attributos de majestade e inviolabilidade e convém politicamente excluir todas as duvidas que poderiam suscitar-se, tanto em relação ás graves necessidades que motivassem a visita domiciliaria como sobre a moderação com que deve ser executada, entendemos, de harmonia com o que ensina PASQUALE FIORE, que, excepto o caso de medidas tendentes a impedir a evasão do delinquente, as quaes podem e devem ser tomadas immediatamente, os magistrados locaes, antes de procedimento ulterior, devem sollicitar a auctorização do ministro dos negocios extrangeiros e avisar o enviado diplomatico para que este, reflectindo mais maduramente sobre a sua situação, entregue o criminoso ou, na hypothese de permanencia da recusa, ponha ao abrigo da indagação domiciliaria os papeis diplomaticos.

Isto nos casos ordinarios, porque, com o mesmo escriptor, defendemos que, quando, no interesse da tranquillidade do paiz e do publico, se imponha a necessidade de obrar immediatamente, os magistrados locaes podem e devem, sem prévia auctorisação do ministro dos negocios extrangeiros, fazer a busca domiciliaria no palacio do agente diplomatico (1).

---

(1) Vid. cit. *Traité de droit pénal international*, I partie, pag. 21 e 22.

11. Definido o conteúdo, alcance e extensão dos elementos, por assim dizer, estaticos, de cuja existencia conjuncta depende a competencia territorial da lei penal portugueza, podemos agora entrar abertamente na analyse do tão interessante quão delicado problema da relação que os prende a proposito de determinada infracção, e examinar quando é que uma infracção se póde dizer commettida em territorio portuguez.

Se, porventura, a infracção se realizasse sempre em toda a plenitude dos actos puniveis que a constituem e nos seus effeitos num só ou mais logares sujeitos á mesma soberania, o interesse do assumpto seria nenhum perante o direito internacional, uma vez admittido o principio da territorialidade do direito penal.

A mesma lei lhe seria applicavel sempre, havendo só logar para discutir qual das jurisdicções do territorio devia exercer-se.

E, quando se discutisse a verdade ou falsidade de tal principio, o problema a collocar perante o direito internacional referir-se-hia exclusivamente aos extrangeiros e consistiria em saber a qual das leis deviam estes ficar sujeitos por crimes praticados em territorio differente do Estado a que pertencem; se á do logar onde o crime foi commettido se á do seu Estado nacional.

Mas nem sempre a infracção se effectua integralmente no mesmo territorio. Muitas vezes á realização de cada um dos actos puniveis de execução ou de consummação que a infracção integra na plenitude da sua estructura correspondem no espaço dois ou mais territorios de soberanias differentes.

Além d'isso, o crime póde ser o resultado da acção conjuncta de diversos agentes, primarios ou secundarios, realizada em territorios diversos.

*

As mais variadas, complexas e caprichosas hypotheses se podem imaginar; e forçoso é convir em que a facilidade enorme e o prodigioso desenvolvimento dos meios de communicação internacional dá a todas um suggestivo aspecto de possibilidade e verosimilhança.

Para exemplo, figuraremos as seguintes hypotheses: um portuguez dispara de territorio portuguez um tiro que vae ferir em territorio hespanhol um francez que morre dos ferimentos em França; um espanhol escreve em Portugal um artigo diffamatorio que é publicado em França contra um francez, um portuguez um inglez e um allemão; um portuguez, residente em Lisboa, instigado por um inglez residente em Londres, envia a um belga residente em Liège uma carta pedindo-lhe emprestada uma determinada quantia e persuadindo-o da existencia d'uma falsa empreza e o belga empresta o dinheiro que o portuguez nunca paga.

Em qual dos territorios, nas hypotheses indicadas, que poderiamos indefinidamente multiplicar, foi commettido o crime? Qual das leis penaes é applicavel? São todas? E se o são, applicam-se á infracção inteira ou só aos actos commettidos no seu territorio? E se o não são, qual d'ellas o é e em que medida?

Tal é o problema d'uma delicadeza tão extrema, mas de sobejo compensada com um interesse tão palpitante e suggestivo, cuja solução passamos a investigar.

Em regra, a actividade do delinquente, quando attingiu a phase final da consummação, tem percorrido um verdadeiro *iter criminis* e passado por diversas phases que podemos reduzir a tres.

Na primeira, o delinquente pensa, concebe e resolve o crime; na segunda, a sua actividade começa a exte-

riorisar-se pela pratica de actos *preparatorios* da execução do crime; e na terceira executa-o.

Fecha o *iter criminis* a phase da consummação, isto é, o *mal realisado*, a effectiva e completa violação juridica.

Ora, é de notar que emquanto o delinquente se demora na primeira phase não cahe sob a acção da lei penal. *Cogitationis poenam nemo patitur;* e, com effeito, quando outra razão justificativa não houvesse, bastava para isso a impossibilidade absoluta em que a justiça social se encontra para apreciar os phenomenos que se realizam no dominio interno da consciencia de cada um.

Conseguintemente, a lei territorial de cada Estado e, por isso, a lei portugueza, não é applicavel áquelle que, concebendo e resolvendo dentro do seu territorio um crime, o foi praticar em territorio extrangeiro.

O mesmo se deve dizer em face da nossa lei quanto aos actos preparatorios, excepto se forem, por si mesmos, considerados crimes (1).

Neste caso, porém, não é na qualidade de actos preparatorios que são punidos, como se infere do contexto do artigo 14.º do Codigo penal em vigor.

Se, porém, o delinquente por motivo d'um acto de execução ou de consummação do crime vier depois a cahir sob a acção da lei e tribunaes portuguezes, estes não devem na fixação do grau de responsabilidade criminal do agente e da pena respectiva esquecer

---

(1) Em face da nossa lei, — dizemos — porque, theoricamente a solução deve ser a que GAROFALO perfilha na sua *Criminologia,* versão portugueza do SR. JULIO DE MATTOS, pag. 344 e segg.

ou desprezar a premeditação e os actos preparatorios feitos em o nosso territorio ou em territorio extrangeiro.

Logo que a actividade do delinquente entra na phase executoria varia a attitude da lei penal.

Indifferente até ahi, começa desde então a exercer a sua acção punidora, pois os intuitos delictuosos do agente começam tambem de revelar-se claros e inequivocos.

E com a mesma, se não maior razão, ella se exerce quando o crime attingiu a phase da sua consummação.

Ora, uma vez considerada a actividade do delinquente nestas phases póde succeder que ou todos os actos de execução tenham sido praticados num territorio e a consummação do delicto noutro, ou que cada um d'aquelles se tenha realisado em cada territorio e a consummação num d'elles ou ainda noutro territorio differente, ou, na hypothese de a actividade do delinquente não attingir a phase de consummação do delicto, que os actos de execução se tenham effectuado em territorios diversos.

E, dada qualquer d'estas hypotheses, cabe perguntar em qual dos territorios foi commetttido o crime e qual a lei penal applicavel.

Tres soluções geraes são possiveis:

a) competencia concorrente de todas as leis violadas;

b) competencia d'uma só; e

c) competencia principal d'uma e subsidiaria das outras, isto é, organização d'uma hierarchia entre as diversas soberanias violadas.

A primeira solução comporta ainda o exame de duas hypotheses, a saber: se a competencia deve restringir-se aos actos de execução puniveis commettidos no territorio de cada lei ou ampliar-se a todos os factos que constituem o crime em toda a sua plenitude.

Qual d'estas soluções deverá preferir-se? E em qual d'ellas se inspirou a lei portugueza? CHARLES BROCHER é, em principio, adversario da pluralidade de competencias territoriaes para a punição dos crimes. Julga-a causa de desordens e, por isso, ensina que, nos casos em que isso seja possivel, deve dar-se preferencia a uma.

Para determinar qual ella seja, na sessão de Bruxellas do Instituto de Direito Internacional em 1880 indicou, pelo menos relativamente á hypothese de o crime ser indivizivel, o criterio *do logar em que se realizassem os effeitos do crime* (1).

E no seu bello *Cours de droit international privé*, deixa tambem entrevêr o mesmo criterio relativamente aos crimes (2).

GARRAUD (3), VON BAR (4), ALBERT BOSSY (5), SCHIATTARELLA (6) e outros ensinam que a lei e tribunaes competentes são os do *logar do delicto*.

E por *logar do delicto* entendem aquelle onde foi commettido qualquer acto de execução ou teve logar a consummação do crime.

---

(1) Vid. *Annuaire de l'Institut de Droit International*, tom. III, pag. 286–287.

(2) Quanto ás contravenções admitte BROCHER em principio a competencia concorrente de soberanias diversas extinguindo-se, porém, logo a d'uma quando a outra começou primeiro a exercer-se. Ob. cit., tom. III, pag. 268–270.

(3) Ob. cit., vol. I, pag. 212–215.

(4) *Annuaire de l'Institut de Droit International*, tom. VIII, pag. 131, cit. por M. BERNARD, ob. cit., pag. 23.

(5) *La loi pénale dans ses rapports avec le territoire*, Paris, 1888, pag. 76 e segg.

(6) *Dei reati commessi all'estero*, Firenze, 1880, pag. 87–90 e 96.

Mas esta competencia referir-se-ha sómente aos actos de execução commettidos dentro do territorio ou á plenitude do crime de que elles são parte?

GARRAUD e SCHIATARELLA respondem, fazendo a seguinte distincção: ou os factos que se ligam a um só e mesmo delicto são *divisiveis* ou não.

No primeiro caso, como succede nos crimes continuos e de habito, a competencia extende-se apenas aos factos realizados dentro do territorio; no segundo applica-se a todos que constituem o delicto, embora alguns, ou a maior parte tenham sido commettidos noutro territorio e bem assim incide sobre todos os seus agentes primarios e secundarios, auctores ou cumplices.

Estes escriptores admittem portanto a pluralidade de leis territoriaes com competencia para todos ou parte dos factos que constituem o crime, conforme este é indivisivel ou divisivel.

PASQUALE FIORE admitte tambem que o logar do delicto é o criterio de definição da jurisdicção penal applicavel. E por logar do delicto entende ainda tanto o dos actos de execução como o da sua perpetração ou consummação.

E, ensinando que a repressão penal e a competencia relativas ao facto criminoso pertencem a uma ou outra das duas soberanias segundo o delinquente estiver em poder d'aquella ou d'esta, nota, todavia, que *em todos os casos é a soberania do logar em que o delicto foi consummado que deve prevalecer*.

A competencia de qualquer das leis refere-se, segundo este escriptor, *au fait criminel tout entier* (1).

---

(1) Cit. *Traité de droit pénal international*, part. I, pag. 27-30.

MAURICE BERNARD propõe um duplo criterio, consoante a actividade do delinquente póde ou não ser decomposta numa serie de actos que constituam, cada um de per si, um delicto distincto.

Para o primeiro caso acceita o criterio defendido por GARRAUD. Cada um dos actos de execução ou de consummação do delicto fica sujeito á jurisdicção penal do territorio em que foi realizado. Mas para determinar a lei penal competente no segundo caso ensina que o criterio a adoptar-se é o logar em que foi attingido o fim a que tendia essa mesma actividade, e, só no caso de esta se não poder exercer, é que o delinquente deve ser sujeito á lei e tribunaes do territorio em que foram commettidos os actos de execução (1).

Estabelece-se assim, na hypothese de indivisibilidade do facto criminoso, uma verdadeira hierarchia, para a qual PASQUALE FIORE parecia inclinar-se tambem, quando dizia que em todo o caso era a soberania do logar da consummação do crime que devia prevalecer.

Passando á analyse critica das opiniões expostas, diremos que acceitamos o criterio do logar *do delicto,* tal como o entende GARRAUD, para determinar a competencia territorial da lei penal na hypothese do crime ser divisivel.

De feito, desde que este possa scindir-se em series de actos puniveis, é conforme á soberania de cada Estado que elle puna os actos commettidos no seu territorio e ao principio do respeito reciproco que se devem que a acção da lei penal d'um não vá attingir

---

(1) Ob. cit., pag. 23 e 25.

actos praticados num territorio que está sob o dominio e acção de outra.

A pluralidade de leis competentes assim definida, é, pois, a realização perfeita do principio territorial.

Verdadeiramente difficil é a solução na segunda hypothese, isto é, sendo o crime *indivisivel.*

O criterio de BROCHER não fornece solução admissivel. Confunde a actividade criminosa com os *seus effeitos;* e d'aqui esta absurda consequencia que já VON BAR, na sessão de Munich do Instituto de Direito Internacional, em 1883 logicamente inferia e censurava: — a possibilidade de a competencia e, conseguintemente, a pena ser modificada por um facto extranho ao culpado, por um procedimento arbitrario d'um terceiro (1).

Sirva de exemplo o crime de ferimentos commettidos por um portuguez sobre um extrangeiro por meio d'um tiro disparado do nosso territorio para territorio hespanhol, do qual a victima venha a morrer em França. A morte é, por hypothese, effeito do crime de ferimento; e, por consequencia, segundo o criterio de BROCHER, a lei franceza seria competente para punir o crime.

O criterio do logar do delicto, como o entende GARRAUD, tambem não parece acceitavel. É certo que, em rigor, todo o acto de execução representa um ataque ás condições de existencia e desenvolvimento social; e, por isso, exacto que todo o Estado offendido tem, em principio, o direito de punir o offensor.

E não ha duvida tambem de que é violada a lei

---

(1) *Annuaire*, tom. VII, pag. 131, cit. por M. BERNARD, ob. cit., pag. 23.

penal do Estado todas as vezes que no seu territorio se realizam actos de execução ou de consummação do delicto.

Mas, na hypothese que consideramos, ha duas ou mais leis penaes violadas por diversos actos que se integram na mesma unidade criminosa, sem haver possibilidade de os dissociar e dividir em series.

Ha, porisso, diversas leis em conflicto, disputando o direito de punir o mesmo facto e os mesmos agentes criminosos.

Ora, como diz Brocher, «il est rare qu'au nombre des phases diverses par lesquelles un seul et même agissement passe et se réalise successivement sur plusieurs territoires, il n'y en ait pas une qui prédomine sur les autres comme élément principal auquel on peut s'arretêr» (1).

E, com effeito, assim é. Ou os actos de execução tenham o seu ponto de partida num territorio e acabem de se realizar noutro, ou a actividade criminosa do agente se desdobre naquelle e o *seu fim* se effectue neste, ha sempre um elemento que torna uma lei mais interessada do que outra, pois que a perturbação social é mais profunda num territorio do que noutro.

Assim na hypothese de um hespanhol disparar do seu territorio um tiro de espingarda para territorio portuguez contra um portuguez e o ferir é natural que a perturbação, o alarme causado pelo crime seja mais vivo e mais profundo em o nosso territorio do que no hespanhol. Foi nelle que se realizou o mal do crime e a violação juridica resultou mais grave.

---

(1) Cit. *Cours de droit international privé,* tom. III, pag. 268.

Figuremos outra hypothese. Um portuguez escreve de Lisboa uma carta a um hespanhol residente em Madrid em que dolosamente o convence a mandar-lhe dinheiro para empregar numa empreza que nunca existiu.

O mal do crime e a violação juridica foram, sem duvida, mais graves em Madrid do que em Lisboa.

Por isso, nestas e noutras hypótheses em que a con summação do delicto se realizou em territorio differente d'aquelle de que partiu a actividade criminosa do agente, parece que ha logar para estabelecer entre as diversas soberanias concorrentes uma verdadeira hierarchia, e definir-se que em primeiro logar está a competencia da lei do territorio em que, como diz BERNARD, foi attingido o fim da actividade criminosa.

Supponhamos, porém, que o delinquente praticou todos os actos de execução, mas o delicto não se consummou; que, nas hypotheses indicadas, nem o hespanhol matou ou feriu, nem o portuguez conseguiu que lhe mandassem o dinheiro.

Dir-se-ha ainda que naquelle caso a lei portugueza é a mais interessada e neste a lei hespanhola?

Certamente; a actividade do delinquente não deixou de as visar em especial pelo facto de não conseguir o seu fim.

Além das considerações expostas tendentes a mostrar que num conflicto de soberanias ácerca do mesmo facto delictuoso não apparecem todas em egualdade de circumstancias, ainda outras se podem adduzir em prova da competencia principal da lei do territorio a que visava o fim da actividade criminosa.

É ahi, escreve MAURICE BERNARD, «que les poursuites seront le plus promptement intentées; c'est là,

en effet, que se trouve la partie lesée, d'où un nouvel intérêt à ce que la répression y intervienne. La victime ne pourrait jouer efficacement son rôle d'auxiliaire de la répression au lieu où se trouvait le coupable lors de son activité criminelle» (1).

Julgamos, pois, preferivel ao criterio do logar do delicto o criterio do *logar em que foi attingido o fim da actividade delictuosa.*

Só quando este não possa applicar-se ou, por não ser concedida a extradição do delinquente, exercer-se a soberania do territorio em que tal fim se realizou é que ha logar para a lei do logar dos actos de execução.

Não é, porém, talvez esta a doutrina da nossa lei. Embora, na pobreza das suas disposições sobre o assumpto que versamos não forneça criterio seguro e, por isso, deixe, em certo modo, ao interprete liberdade para se soccorrer dos principios de direito penal internacional que repute mais acceitaveis, julgamos que o legislador portuguez, ao redigir o n.º 1.º do art. 53.º do Codigo penal, teve em vista consagrar a doutrina que determina a competencia da lei penal pelo criterio do *logar do delicto.*

Baseamos este juizo na intima semelhança entre a nossa lei e a lei franceza, sua fonte, cujos interpretes adoptam tal doutrina e ainda na tendencia de todos ou quasi todos os legisladores para dar ás suas disposições criminaes a maior esphera de acção no seu territorio.

Deve, pois, reputar-se commettido em territorio por-

---

(1) Ob. cit., pag. 26.

tuguez o crime, de que todos ou alguns dos elementos puniveis que o constituem foram nelle praticados. E a competencia da nossa lei restringe-se aos actos commettidos em o nosso territorio ou amplia-se aos commettidos em territorio extrangeiro, conforme o crime fôr divisivel ou indivisivel.

Posto isto, appliquemos a sua doutrina a algumas hypotheses.

I — *Infracções instantaneas.* Chamam-se infracções instantaneas aquellas que acabam logo que são executadas. Taes são, por exemplo, o homicidio e a burla. A lei portugueza é applicavel a estes crimes desde que um acto de execução se realize em territorio portuguez.

Assim, no caso de homicidio por um tiro de espingarda ou outro qualquer, disparado de territorio portuguez para territorio hespanhol ou d'este para aquelle, a nossa lei é competente.

Do mesmo modo o é para o caso de um hespanhol ter conseguido burlar em Portugal um portuguez por meio de manobras fraudulentas realizadas no extrangeiro.

II — *Infracções continuas e infracções de habito.* Chamam-se infracções continuas ou successivas aquellas que são susceptiveis, depois de a acção culpavel se realizar, de se prolongar ininterruptamente, durante um praso mais ou menos longo; e infracções de habito ou collectivas as que resultam de actos cada um dos quaes, isoladamente considerado, não é punido, mas que o são, quando reiterados de maneira a indicar no seu agente um certo costume ou habito (1).

---

(1) GARRAUD, ob. e vol. cit., pag. 141 e 143.

As infracções continuas podem ser de *acção* ou de *omissão*. Para exemplo d'aquellas indicaremos a occultação de menores (Cod. penal, art. 344) o porte de armas prohibidas, de decorações alheias, de trajos proprios de differente sexo, ou de uniforme proprio de um emprego publico (Cod. penal, art. 235.º); e d'estas, a negação ou recusa por parte de quem seja competente para passar ou mandar passar certidão da prisão em apresentar o registo das prisões, quando competentemente requisitado (Cod. penal, art. 292.º, n.º 3); e o facto de não dar parte á auctoridade superior competente aquelle que, sendo encarregado da policia judicial ou administrativa, souber d'alguma prisão arbitraria (Cod. penal, art. 292.º, n.º 4).

Para exemplo das infracções de habito, indicaremos a especie de *lenocinio* prevista no art. 406.º do Codigo penal, a mendicidade habitual (Cod. penal, art. 260.º) e o acolhimento ou pousada habitual a malfeitores (Cod. penal, art. 198.º).

A nossa lei penal é competente relativamente a ambas estas especies de crimes, mas só quanto aos actos praticados em territorio portuguez.

Os tribunaes não podem pois, tomar em consideração os factos commettidos em territorio extrangeiro, ainda mesmo que elles sejam circumstancias aggravantes do crime (1).

III — *Infracções connexas.* Chamam-se infracções connexas aquellas que estão entre si ligadas por um vinculo de relação que exige que ellas sejam comprehendidas no mesmo processo e julgadas numa mesma sentença.

---

(1) Maurice Bernard, ob. cit., pag. 33.

Ha, diz Maurice Bernard, nesta juncção processual, nesta prorogação de competencia muitas vantagens conjunctas: um interesse de implificação; a possibilidade de as provas serem melhor coordenadas, de se facilitar a applicação do principio da não accumulação das penas e emfim evita-se o inconveniente de haver juizos contradictorios (1).

Entretanto, sob o ponto de vista internacional julgamos que a relação de connexidade não deve obstar á applicação do principio da territorialidade. As infracções são distinctas e a cada uma d'ellas é applicavel uma determinada pena; e, por isso, uma vez commettidas em territorios diversos, cada uma das leis penaes infringidas deve ter competencia para punir aquellas que tiverem sido praticadas no seu territorio.

IV — *Comparticipação criminosa.* Na hypothese de a infracção ser o resultado da acção conjuncta de diversos agentes, ou estes sejam auctores ou cumplices, ella não póde de maneira alguma dissociar-se.

A infracção é, sob este aspecto, verdadeiramente *indivisivel.*

Perante esta hypothese, como fazer applicação da lei portugueza?

Os agentes criminosos são, segundo a nossa lei, auctores, cumplices e encobridores. (Codigo penal, art. 49.º).

Os auctores, assim como os cumplices, podem ser materiaes ou moraes.

Os auctores materiaes podem ainda ou *executar* (Codigo penal, artt. 20.º, n.º 1.º) ou facilitar e preparar a execução do crime. (Codigo penal, art. 20.º, n.º 5.º).

---

(1) Ob. cit., pag. 34-35.

Os cumplices materiaes nunca *executam;* apenas facilitam e preparam a *execução* do crime.

Os auctores e os cumplices moraes tambem não executam o crime. Nem o mandato, nem a instigação são fórmas de execução do crime (1).

Postas estas observações preliminares, diremos:

a) que a lei portugueza é competente para punir o crime e os seus agentes logo que um auctor material pratique um acto de execução em territorio portuguez;

b) que ella é incompetente, por virtude do principio da territorialidade, para punir o crime quando no territorio portuguez apenas se tenha exercido a actividade de auctores moraes, de cumplices e a dos auctores materiaes se não tenha manifestado em actos de execução.

Exceptua-se o caso de os actos praticados pelos auctores ou cumplices serem de si delictuosos.

Exemplificando: se o crime foi executado em Portugal e os actos de comparticipação se realisaram em Hespanha a nossa lei é competente: no caso contrario, não o é em geral por virtude do principio da territorialidade, mas a lei hespanhola.

Os principios que acabamos de expôr serão tambem applicaveis aos encobridores?

Segundo o nosso Codigo penal, elles são tambem agentes do crime; mas, em verdade, a sua acção criminosa é muito differente da dos auctores e cumplices.

Nem na preparação, nem na execução do crime em que estes collaboram intervem os encobridores: e, em-

(1) Sobre a impropriedade da designação de—auctor—dada aos mandantes, instigadores do delicto, etc., vid. a luminosissima critica de CARRARA, ob. cit., vol. I, pag. 376 e segg.

bora um certo vinculo de connexidade ligue a sua acção ao crime, certo é que os seus actos são muito distinctos d'elle.

Por isso, parece que a lei do logar do encobrimento não póde applicar-se, por virtude do principio da territorialidade, aos agentes d'um crime commettido noutro territorio, assim como a lei do logar do crime não é applicavel ao encobridor extrangeiro.

Casos ha, porém, em que a sua applicação deve fazer-se e conjunctamente extender-se ao crime principal. Assim, supponhamos que dois ou mais portuguezes commetteram no extrangeiro um crime punido pela nossa legislação e pela extrangeira, não foram julgados ou não cumpriram a pena imposta e entram em Portugal onde alguem os encobre.

Neste caso, a nossa lei é competente para punir conjunctamente auctores, cumplices e encobridores do crime.

12. A doutrina seguida pela nossa lei e por outras leis extrangeiras, como a franceza, italiana, etc., implica o corollario da pluralidade de leis competentes para punir o mesmo crime.

D'aqui, parece poder inferir-se que o julgamento do delicto num territorio não impede que noutro territorio em que tambem um ou mais actos de execução ou consummação foram commettidos, elle seja julgado segunda vez.

Isto é, a pluralidade de competencias implica a cumulação de jurisdicções.

E esta é a doutrina da maioria dos escriptores, entre os quaes se podem citar OLIN, GARRAUD, BOSSY e SCHIATTARELLA.

A jurisprudencia belga e franceza tem consagrado

tambem esta doutrina; e o actual Codigo italiano expressamente a define no art. 3.°, estabelecendo a reiteração *obrigatoria* do julgamento para o delinquente italiano e *facultativa* para o delinquente extrangeiro.

Alguns escriptores, baseando-se em motivos de equidade e de humanidade e applicando a regra — *Non bis in idem* — ensinam, porém, que a justiça territorial não deve exercer-se, desde que o delinquente já tenha sido julgado por outros tribunaes (1).

Reputamos mais acceitavel a primeira opinião, por mais conforme com os principios de direito internacional e com o caracter publico e autonomo do direito penal.

Á soberania do Estado repugna a obrigação de acceitar os julgados extrangeiros; e isto mesmo reconhece ORTOLAN, quando escreve: *suivant les règles du droit des gens, nul État n'est rigoureusement obligé de reconnaître, en ce que le concerne, l'autorité des décisions rendues par les jurisdictions d'un autre État, et d'arrêter devant ces décisions l'exercice de ses propres droits* (2).

Além d'isso, como nota SCHIATTARELLA, «o direito de repressão, parte essencial da soberania interna do Estado, tira a sua fórma e caracter do ambiente nacional de cada povo, a cujas condições de desenvolvimento historico, de civilisação, de interesses se liga ao menos em principio» (3).

---

(1) F. HÉLIE, ob cit., tom. II, pag. 650 e segg.; ORTOLAN, *Éléments de droit pénal,* IV édit., vol. 1.°, pag. 393.

(2) Ob. cit., pag. 392.

(3) Ob. cit., pag. 34.

*

A maxima—*non bis in idem*—é innopportunamente invocada, pois, em rigor, só traduz e consagra o principio de que a jurisdicção d'um mesmo Estado não deve nem póde punir o mesmo facto criminoso mais do que uma vez.

A sentença proferida no extrangeiro póde não garantir devidamente a segurança social; e a equidade apenas póde exigir que em o novo julgamento se tome em attenção a pena já soffrida para o effeito da applicação da nova.

Será esta tambem a doutrina da lei portugueza? Um crime commettido em Portugal e julgado no extrangeiro poderá ser novamente julgado em o nosso paiz?

E na hypothese affirmativa, deverá tomar-se em consideração a pena já soffrida?

Não ha entre nós, um texto expresso, como o do art. 3.º do Codigo penal italiano.

Se, porventura, podessemos inferir do n.º 3.º e do § 3.º do art. 53.º do Codigo penal algum argumento seguro, a difficuldade estaria resolvida e a doutrina a estabelecer seria a rejeição da cumulação de jurisdicções.

Mas, ambos os textos se referem a um crime praticado no extrangeiro; e, por isso, parecem inapplicaveis á hypothese estabelecida.

Além d'isso, o § 4.º do art. 35.º do Codigo penal expressamente dispõe que não são computadas para a reincidencia, por crimes previstos e punidos no Codigo penal, as condemnações proferidas por tribunaes extrangeiros.

E, por ultimo, os principios de direito publico interno e do direito internacional conduzem a affirmar a inexequibilidade dos julgados extrangeiros, a qual,

a fora outras considerações, muitas vezes será um facto, dada a differença que existe entre o nosso systema de penas e os extrangeiros.

Parece, pois, que a conclusão a formular deverá ser que o julgamento em paiz extrangeiro não impede a instauração de novo julgamento em o nosso paiz e que nelle se não deve tomar em consideração alguma a pena imposta pela sentença extrangeira.

Mas, por outro lado, a equidade exige que esta pena seja levada em conta, e a esta consideração não foi extranho o nosso legislador que a levou até ao extremo de não permittir novo julgamento quando elle tivesse tido logar no extrangeiro, relativamente a crimes de tão alta gravidade como os indicados em o n.º 3.º do art. 53.º

E se fôra demasiado querer estender a prohibição do novo julgamento ao crime praticado em territorío portuguez e já julgado no extrangeiro, ha, todavia, motivo serio para perguntar se, quando isso seja possivel, deve ser tomada em attenção a pena soffrida, isto é, se por analogia, póde ser applicada áquelles crimes o § 3.º do art. 53.º

E isto, porque parece repugnar ao legislador a duplicação da pena. O art. 18.º do Codigo penal prohibe, é certo, o emprego da analogia, mas é *para qualificar qualquer facto como crime*. O art. 84.º prohibe tambem a applicação de pena que não seja decretada na lei, e a sentença extrangeira, ao impôr qualquer pena, não attende certamente á nossa lei; mas póde succeder que ella seja de natureza identica á que para tal caso a lei portugueza estabelece.

O confronto neste caso é possivel e o desconto tambem. Permittil-o-ha a nossa lei?

13. De que a lei penal portugueza é applicavel ás infracções commettidas em territorio ou dominios portuguezes infere-se que não deve haver no territorio logar algum privilegiado em que ella não possa fazer sentir a sua força punidora (1).

Com effeito, todos são territorio portuguez e a lei penal é applicavel a *todas* as infracções nelle commettidas.

Poder-se-ha, porém, dizer que, *sejam quaes forem os seus agentes, todas* as infracções commettidas em territorio portuguez, são puniveis?

O adjectivo ou pronome—*todas*—parece auctorisar a resposta affirmativa. O seu significado integra a idêa de universalidade; exclue qualquer excepção.

Não é, porém, assim. Se perante a lei penal não ha privilegios territoriaes, ha-os de *natureza pessoal,* em virtude dos quaes certos agentes não são attingidos por ella, absoluta ou relativamente.

Factos que, praticados por outras pessoas, seriam criminalmente imputaveis e puniveis, não o são quando commettidos por essas pessoas, embora possuam todas as condições de responsabilidade moral.

Apesar d'isto, não julgamos digno de censura o legislador por ter empregado o termo — *todos.*

É que, na verdade, o termo — infracções — significa só as *legalmente* imputaveis e a irresponsabilidade legal das pessoas privilegiadas já o Codigo a resalvára no art. 52.º

As pessoas, a cujas infracções commettidas em ter-

---

(1) Sobre o direito d'asylo concedido ás egrejas, vid. Dr. Bernardino Carneiro, *Elementos de direito ecclesiastico portuguez* (1896), pag. 287-289.

ritorio portuguez a lei penal portugueza se não applica, absoluta ou relativamente, são:

a) o rei (Carta constitucional, art. 72.º);

b) a regencia e o regente (Carta constitucional, art. 98.º);

c) os pares e deputados pelas opiniões que proferirem na exercicio das suas funcções;

d) os soberanos dos Estados extrangeiros;

e) o Papa;

f) os agentes diplomaticos;

g) os representantes officiaes do Vaticano.

Este privilegio baseia-se em motivos de ordem politica interna ou de ordem internacional; e é estabelecido pelos principios de direito constitucional de cada Estado ou dos do direito internacional.

Assim, a irresponsabilidade criminal do soberano perante a lei penal do Estado, de que é chefe, deriva do facto da sua pessoa ser inviolavel. Este principio, acceito pelos romanos, consagrado pelo direito constitucional inglez (the king can do no wrong) é admittido em toda a sua plenitude pelas legislações dos Estados monarchicos e com ligeiras restricções na França republicana, onde o presidente só é penalmente responsavel em caso de alta traição (1).

A irresponsabilidade do regente explica-se tambem pela propria posição que occupa dentro do Estado; e a dos pares e deputados pela necessidade imperiosa de lhes assegurar inteira independencia e garantir a liberrima manifestação de pensamento e voto sobre os negocios publicos.

---

(1) Lei constitucional de 25 de fevereiro de 1875, art. 6.º

Pelo que respeita aos chefes d'Estado extrangeiros monarchicos ou republicanos, a sua irresponsabilidade pelas infracções commettidas fóra do territorio do seu Estado baseia-se tanto na inviolabilidade que é inherente á sua pessoa soberana, como na independencia e soberania do Estado que representam.

Para que gozem de tal privilegio é preciso, porém, que não viajem incognitos, isto é, communiquem a sua visita ao governo do Estado extrangeiro e ao mesmo tempo sejam na realidade soberanos reinantes e reconhecidos como taes.

Faltando qualqner d'estas condições ficam sujeitos á lei territorial.

Para exemplo, citaremos a condemnação em multa que em 1873 soffreu em Clarens o rei dos Paizes Baixos que viajava incognito na Suissa.

Só depois de renunciar ao incognito é que a multa lhe foi levantada (1).

Da mesma immunidade gosa o Pontifice. Embora não seja chefe de Estado, tal privilegio é-lhe concedido por virtude da qualidade especial que possue entre os Estados catholicos e consagra-o expressamente a Lei de garantias de 13 de maio de 1871 (art. 1.º) (2).

A immunidade dos agentes diplomaticos é tambem reconhecida universalmente entre os Estados. Desde os tempos mais remotos o embaixador tem sido julgado inviolavel e sagrado.

Porém entre os escriptores reina o mais completo desaccordo. Emquanto uns defendem tal immunidade,

---

(1) Prins, ob. cit., pag. 52.
(2) Manducca, ob. cit., pag. 452.

baseando-se por um lado no facto de o agente diplomatico ser representante official d'um Estado soberano e independente e em a necessidade de lhe assegurar inteira liberdade e absoluta independencia para o exercicio das suas funcções, outros combatem-no vigorosamente com o fundamento de que a protecção e segurança concedida ao agente diplomatico tem o exclusivo fim de o garantir contra quaesquer violencias ou ultrages e não assegurar-lhe a impunidade pelos crimes commettidos.

Os escriptores que admittem o principio geral da immunidade dos agentes diplomaticos divergem entre si relativamente ao alcance e extensão que deve fixar-se-lhe.

Podem reduzir-se a tres as opiniões e doutrinas sustentadas.

Segundo a primeira, a immunidade é absoluta. A lei penal do Estado junto do qual o agente está acreditado não o póde attingir. O governo d'este Estado póde, porém, no interesse da sua segurança e defeza, obrigal-o a retirar-se ou denuncial-o ao governo do Estado que o agente diplomatico representa, a fim de este o punir.

A segunda opinião exclue da immunidade os crimes contra a segurança do Estado ou contra a ordem e tranquillidade publica.

Finalmente, segundo a terceira opinião, sustentada entre outros por Pasquale Fiore, a immunidade do agente diplomatico abrange sómente os crimes que elle tenha praticado na qualidade de representante do Estado extrangeiro.

Seja, porém, como fôr, praticamente os agentes diplomaticos gosam do privilegio de immunidade perante a lei penal do Estado, junto do qual estão acreditados.

É praxe admittida entre os Estados que, quando um agente diplomatico tenha commettido algum crime, o governo, junto do qual elle está acreditado, se dirija ao governo do Estado representado, a fim de que este o puna convenientemente ou auctorize aquelle a punil-o.

É tambem motivo de divergencia entre os escriptores a determinação do momento em que para os agentes diplomaticos começa e finda o goso da irresponsabilidade penal. Segundo a maioria, aquelle momento coincide com o momento em que o agente penetra no territorio do Estado onde vae exercer as suas funcções e finda naquelle em que o abandona.

Segundo outros, esse momento só começa quando o agente diplomatico apresentou as suas credenciaes e finda no momento em que deixa de exercer as suas funcções officiaes.

Aquella opinião é mais harmonica com a praxe seguida entre os Estados; mas esta é, sem duvida, mais defensavel perante os verdadeiros e genuinos principios de direito internacional, pois que, em rigor, a qualidade diplomatica do enviado extrangeiro só começa no momento em que é acceita pelo Estado junto do qual vae exercer as suas funcções.

O privilegio concedido aos agentes diplomaticos extende-se a todo o pessoal official da legação por motivos semelhantes áquelles que aconselharam os Estados a concedel-o aos proprios agentes. D'est'arte, a lei penal não é applicavel aos conselheiros, secretarios, addidos, chanceller, etc., da legação.

Não se applica, porém, aos consules quando não exerçam, junctamente com as suas funcções consulares, funcções diplomaticas.

A razão é que os consules são simples agentes com-

merciaes e administrativos do Estado e não representantes da sua soberania.

Applicar-se-ha, porém, o privilegio da immunidade penal á familia e domesticos do agente diplomatico?

Alguns escriptores defendem a opinião affirmativa que, no todo ou em parte, é tambem a doutrina de algumas legislações. Assim na Allemanha, segundo informa CRUSEN, citado por MANDUCCA, a lei estabelece que gosam da immunidade penal, além dos chefes e membros das missões diplomaticas, os seus empregados, os membros das suas familias e as pessoas de nacionalidade extrangeira que estão a seu serviço.

O Codigo penal austriaco consigna tambem o mesmo privilegio em favor das pessoas de familia e dos domesticos que forem subditos do Estado que o embaixador apresenta.

Esta doutrina, além de extremamente perigosa, é absolutamente falsa.

Se a qualidade especial de representante d'um Estado soberano e independente e a necessidade de garantias de segurança e de independencia para o exercicio das suas funcções podem explicar e justificar a concessão do privilegio de immunidade ao agente diplomatico, nenhuma razão séria póde ser invocada para ampliar esse privilegio ás pessoas de sua familia ou da dos outros membros da embaixada, e bem assim aos seus serviçaes.

Estas pessoas são inteiramente extranhas á indole e fins das funcções da embaixada e não participam em coisa alguma da qualidade de representante do Estado (1).

---

(1) Sobre a immunidade dos agentes diplomaticos, seu ca-

O que dissemos com respeito aos agentes diplomaticos do Estado é applicavel aos nuncios e legados da Santa Sé por virtude de uma praxe seguida pelos Estados, pois em rigor doutrinario, nem a Egreja é pessoa juridica internacional (1), nem os seus representantes são agentes diplomaticos (2).

---

racter e funcção vid. entre outros: GARRAUD, ob. e vol. cit., pag. 220-222; PRINS, ob. cit., pag. 53 e 54; MANDUCCA, ob. cit., pag. 455, 456, 459, 460 e 469; BIAGIO SOLE, ob. cit., pag. 81 e seg.; ODIER, *Des privilèges et immunités des agents diplomatiques en pays de chrétienté,* Paris, 1889; *Revue de droit international,* 1892, tom. XXIV, pag. 509; 1895, tom. XXVII, pag. 394; 1899, tom. XXXI, pag. 355-367 que insere um substancioso artigo de HENRI LISBOA intitulado — *Exterritorialité et immunités des agents diplomatiques.*

(1) Cf. nossas *Theses ex universo jure,* Coimbra, 1901, pag. 23.

(2) SR. DR. ARTHUR MONTENEGRO, *Theses ex universo jure,* pag. 23.

§ 3.º

Competencia extra-territorial da lei penal portugueza

— — —

Sumario: — **1.** O problema da extra-territorialidade da lei penal. — **2.** Grupos geraes de legislações relativamente ao criterio com que admittiram o principio da extra-territorialidade. — **3.** Principio geral que as legislações tomaram para base do seu systema quanto á applicação da lei penal ás infracções commettidas no extrangeiro. — **4.** *A.* Infracções que offendem a ordem e a vida politica e economica do estado. Systemas legislativos extrangeiros. — **5.** Systema geral da legislação portugueza. Infracções que abrange. Agentes. Auctores e cumplices. — **6.** Analyse critica. — **7.** Condições do que depende a applicação da lei portugueza, quando o delinquente é nacional. Analyse critica. — **8.** *Idem*, quando o delinquente é extrangeiro. — **9.** *B.* Infracções que não atacam directamente a segurança e a economia do Estado. Systemas legislativos extrangeiros. — **10.** Systema da legislação portugueza. — **11.** Momento a que se deve attender para determinar a qualidade de portuguez no delinquente. — **12.** Analyse das condições de que depende a applicação da lei portugueza. — **13.** Exame critico do principio da extra-territorialidade em relação aos crimes que não atacam directamente a segurança e economia do Estado.

1. A extra-territorialidade da lei penal não significa que a lei d'um Estado invada o territorio d'outro Estado para ahi exercer a sua acção repressiva.

Se isto succede no campo das relações privadas, em que a competencia legislativa e judiciaria podem andar disjungidas, é, no estado actual da evolução legis-

lativa, absolutamente impossivel na esphera das relações criminaes.

As leis penaes são leis de ordem publica; e, por isso, os tribunaes só podem applicar a lei do Estado, em cujo nome administram justiça.

As duas competencias estão presas por um vinculo de connexão tão estreito, fundem-se, digamos assim, tão intimamente que a solução adoptada quanto a uma é precisamente a mesma admissivel quanto a outra.

O que se pretende significar pela expressão — extra-territorialidade da lei penal — é a applicação da lei e a competencia dos tribunaes d'um Estado para julgar dentro do territorio d'este uma infracção commettida noutro ou noutros Estados.

2. Em todas as legislações, ou sob a fórma de excepção, ou a titulo de principio penetrou, como noutro logar dissemos, a extra-territorialidade da lei penal, por maior que fosse a sympathia que aos seus auctores inspirasse o principio opposto da territorialidade (1).

---

(1) Codigo penal allemão, art. 4.º, n.os 1 e 2; Leis inglezas 35, Henrique VIII, ch. II, n.os 1, 5 e 6; Ed. VI, ch. II, n.º 4; 12, Jorge III, ch. XXIV, n.º 2; 11, Guilh. III, ch. XII; Statut 24 e 25; Victoria de 1861, n.os 9 e 57; Codigo de instrucção criminal francez, artt. 5.º e 6.º, hoje substituido pela lei de 27 de junho de 1866, artt. 5.º e 7.º; Codigos penaes toscano, art. 4.º, § 1.º e art. 5.º, § 1.º; sardo de 1859, artt. 5.º e 7.º; italiano de 1 de janeiro de 1890, art. 4.º; belga, art. 6.º, §§ 1.º e 2.º e lei de 17 de abril de 1878, art. 10.º; hollandez, art. 4.º; da Noruega, art. 8.º; da Russia de 15 de agosto de 1845, artt. 117.º a 199.º; da Austria, §§ 36.º e 38.º; de Wurtemberg, artt. 3.º e 4.º; da Hungria de 1 de janeiro de 1879, § 7.º, n.os 1 e 2; de Genebra, art. 3.º, etc.

Mas se todas, sem excepção da Inglaterra e dos Estados Unidos da America do Norte, a consagraram, raras a applicaram da mesma fórma.

Na Inglaterra, a extra-territorialidade da lei penal refere-se apenas a inglezes e a um pequeno numero de crimes: alta traição, offensas a governador das colonias, violação da lei do recrutamento, homicidio, assassinato, e talvez bigamia (1).

A mesma applicação restricta se nota na legislação dos Estados Unidos (2).

Em doutrina mais sympathica á extra-territorialidade se inspiraram e inspiram as legislações dos Estados europeus continentaes.

Através das differenças que as distinguem, tanto em relação á amplitude da esphera da competencia extra-territorial da lei penal, como ás condições do seu exercicio, nota-se, contrariamente ao que succede naquelles dois Estados, a mesma uniformidade de tendencia para a rejeição *em principio* do exclusivismo do criterio da territorialidade, podendo, sob este aspecto, agrupar-se numa só categoria em frente d'outra constituida pelas legislações ingleza e norte americana.

3. O principio de que as legislações continentaes em geral partiram para a organização do seu systema quanto á applicação da extra-territorialidade da lei penal foi a divisão dos crimes em duas categorias: crimes que offendem a ordem e vida politica e econo-

---

(1) PASQUALE FIORE, *Traité de droit international* cit., part. I, pag. 257-259; STEPHEN, art. cit.

(2) FIORE, ob. cit., part. I, pag. 232-236; SCHIATARELLA, ob. cit., pag. 146-147.

mica do Estado e crimes que não as atacam directamente.

Os principios reguladores da competencia internacional, em relação a cada uma d'estas categorias, são differentes, já no que respeita ás condições a que está subordinado o seu exercicio, já ainda, perante algumas legislações, aos agentes puniveis.

Assim, relativamente aos crimes da segunda categoria muitas legislações só os punem quando são commettidos por um nacional.

Analysaremos separadamente as duas hypotheses geraes.

4. *A) Crimes que offendem a ordem e a vida politica e economica do Estado.* — Quasi todas as legislações continentaes concordam em não distinguir entre nacional e extrangeiro para o effeito da punição d'estes crimes.

Em quasi todas, porém, a competencia extra-territorial da lei penal está subordinada a condições; e sob este ponto, muitas distinguem entre delinquente nacional e delinquente extrangeiro, divergindo, tanto num como noutro caso quanto ás condições que estabelecem. Analysemol-as:

I — *O delinquente é nacional.*

Segundo umas legislações, como a grega, a hollandeza, e em parte a hungara, a lei do Estado offendido é applicavel ao delinquente sem dependencia de mais nenhuma condição que a pratica do crime.

Tenha ou não sido julgado no extrangeiro, tenha ou não voltado ao territorio nacional, os magistrados nacionaes podem instaurar-lhe processo, logo que tenham conhecimento do crime.

Outras, como a allemã, sem cuidarem de que o delinquente tenha sido julgado em paiz extrangeiro e não exigindo que elle tenha de qualquer maneira regressado ao territorio nacional, exigem, para a applicação da lei nacional, que o seu julgamento seja superiormente auctorizado.

Outra parece ser a solução legislativa da Russia (1) e do cantão de Genebra (2), segundo a qual o julgamento e punição do delinquente dependeria de este voltar ao territorio nacional ou de ser extradictado.

Finalmente outras, como a franceza, não exigem que o delinquente volte ao territorio nacional, mas dispõem que, processado e julgado definitivamente no extrangeiro, não póde instaurar-se-lhe processo criminal no territorio nacional.

Seguem solução analoga os Codigos penaes da Suecia (art. 3.º), da Noruega (§ 3.º) e de Friburgo (art. 3.º) (3).

II — *O delinquente é extrangeiro.*

Ou foi julgado no extrangeiro ou não.

Nesta ultima hypothese, podemos reduzir as legislações a dois grupos principaes.

Umas, como a hollandeza (4), a grega (5), a russa (6),

(1) Codigo penal, art. 8.º

(2) Codigo penal, art. 4.º

(3) Segundo as legislações sueca e noruegueza, a instauração da acção penal depende de auctorização regia.

(4) Cod. do proc. crim., art. 8.º

(5) Codigo penal, art. 2.º

(6) Codigo penal, art. 117.º

a sueca (1), a franceza (2) e a do cantão de Genebra (3), exigem que o delinquente seja encontrado ou preso no territorio do Estado offendido ou entregue por extradicção (4).

Outras, como a allemã (5), a austriaca (6), a hungara (7), a noruegueza (8), a belga (9) e a italiana (10), não exigem taes condições e julgam-no mesmo á revelia (11).

Se o delinquente tiver sido julgado no paiz extrangeiro onde delinquiu, a influencia d'este facto sobre a competencia da lei e tribunaes do paiz contra o qual se dirigia a actividade do delinquente é tambem differente nas legislações.

A tres soluções se podem reduzir, pelo menos quando a sentença extrangeira tiver sido condemnatoria e expiada ou perdoada a pena imposta:

a) cessação de competencia da lei e dos tribunaes do Estado offendido. É a solução das legislações fran-

---

(1) Codigo penal, § 2.º

(2) Lei de 21 de junho de 1866, art. 7.º e Codigo de instrucção criminal art. 6.º

(3) Codigo penal, art. 3.º, n.º 2.

(4) Algumas d'estas legislações, como a sueca, exigem, porém, auctorização regia para a instauração da acção.

(5) Codigo penal, art. 4.º

(6) Codigo penal, §§ 36.º e 38.º

(7) Codigo penal, § 7.º, n.º 2.

(8) Codigo penal, § 2.º

(9) Codigo penal, art. 6.º, n.os 1 e 2. Vid. Précis, ob. cit., Bossy n.º 107, pag. 61 e 62.

(10) Codigo penal hoje em vigor, art. 4.º

(11) Algumas exigem para a instauração da acção auctorização superior.

ceza (1), sarda (2), de Friburgo (3), da Suecia (4), da Noruega (5) e de Zurich (6);

b) instauração obrigatoria de novo processo. É a solução das legislações austriaca (7), dinamarqueza (8), grega (9), hollandeza (10), perfilhada tambem pelos projectos italianos de Codigo penal de 1868, 1870 e de De Falco (11);

c) reiteração facultativa de processo. É a solução da actual legislação italiana (12) que já era adoptada no projecto do notavel MANCINI (13).

Em resumo, as soluções legislativas, relativamente á applicação da lei do Estado offendido ao delinquente extrangeiro, são:

a) independencia de qualquer condição;

b) comparecimento do delinquente no territorio do Estado offendido ou a sua entrega;

c) comparecimento do delinquente ou sua entrega e falta de julgamento no paiz *onde delinquiu*.

---

(1) Codigo de instrucção criminal, art. 5.º; vid. GARRAUD, ob. e vol. cit., pag. 240-242.
(2) Vid. OLIVI, ob. cit., pag. 46.
(3) Codigo penal, art. 3.º
(4) Codigo penal, § 2.º
(5) Codigo penal, § 2.º
(6) Codigo penal, § 3.º, alinea *b*.
(7) Codigo penal, § 36.º
(8) Codigo penal, §§ 5.º e 6.º
(9) Cod. do proc. crim., art. 2.º
(10) Cod. penal, artt. 8.º e 10.º
(11) SCHIATARELLA, ob. cit., pag. 113.
(12) Codigo pènal, art. 4.º
(13) SCHIATARELLA, ob. cit., pag. 113 e 114.

5. O legislador portuguez, na definição dos principios reguladores da applicação da nossa lei a crimes commettidos no extrangeiro, adoptou tambem para base a distincção geral entre crimes que atacam directamente a ordem e vida politica ou economica do Estado e crimes que não as atacam directamente. Fixou tambem em relação a cada uma d'estas categorias regras e principios differentes (1).

Na determinação d'aquella, ao systema das legislações que, usando da expressão geral — contra o Estado, — extenderam sob as mesmas condições a sua acção punidora a todos os crimes que directamente o atacassem, preferiu o d'aquellas que, como a franceza, a italiana, a belga, a allemã, a hollandeza, expressamente a restringiram aos crimes contra a segurança interior e exterior e contra o credito do Estado.

Assim, dispoz que a lei portugueza era applicavel: «aos crimes commettidos em paiz extrangeiro contra a segurança interior e exterior do Estado, de falsificação de sêllos publicos, de moedas portuguezas, de papeis de credito publico ou de notas de banco nacional, de companhias ou estabelecimentos legalmente auctorizados para emissão das mesmas notas» (2).

A mesma doutrina estabelecia o Codigo penal de 1852 (3) e expressamente em relação a nacionaes a lei de 1 de julho de 1867 (4) e já anteriormente fôra consignada em a Novissima Reforma Judiciaria (5).

---

(1) Codigo penal, n.os 3, 4 e 5 do art. 53.º; Lei de 1 de julho de 1867, art. 1.º, n.os 3 e 4; Codigo penal de 1852, art. 27.º, n.os 2, 3 e 4; Novissima Reforma Judiciaria, artt. 862.º e 863.º

(2) Codigo penal, art. 53.º, n.os 3 e 4.

(3) Art. 27.º, n.os 1 e 2.

(4) Art. 1.º, n.º 3.

(5) Art. 862.º e § unico.

Não quer isto dizer que outros crimes contra o Estado portuguez commettidos em paiz extrangeiro não possam ser punidos segundo a nossa lei e pelos nossos tribunaes. Tal conclusão repugna á letra expressa do n.º 5.º do art. 53.º do Codigo penal em vigor que applica a nossa lei *a qualquer outro crime ou delicto commettido por portuguez em paiz extrangeiro.*

Significa, porém, que o legislador portuguez só tomou em consideração especial os crimes indicados em o n.º 3.º do art. 53.º para os subordinar a um regimen particular sob o ponto de vista da applicação da nossa lei.

E dizemos — *só* — porque a enumeração dos crimes que ahi se faz é, sem duvída, taxativa.

A sua superior gravidade sobre quaesquer outros que se dirijam contra o Estado, o facto de o Codigo abrir para elles um numero especial motivam, por si, uma forte presumpção de verdade nesse sentido, intensificada ainda pelo principio de que, em materia penal, o uso da analogia, nos proprios casos em que é permittido, deve ser muito cauteloso; e convence absolutamente o facto de a doutrina do art. 53.º se referir á extensão de competencia d'uma lei, isto é, a materia de indole rigorosamente publica, em que é inteiramente prohibida ao exegeta outra interpretação que não seja a *declarativa.*

Posto isto, averiguemos, no intuito de determinar o seu conteúdo, se o n.º 3.º do art. 53.º do Codigo penal se refere apenas aos crimes commettidos contra Estado portuguez ou se abrange tambem os commettidos contra Estado extrangeiro.

Ao primeiro exame, dir-se-hia que só na primeira hypothese é applicavel a nossa lei penal e muito principalmente quando o delinquente fôr extrangeiro.

A definição dos elementos constitutivos de cada um d'estes crimes deve indubitavelmente fazer-se em face da lei portugueza, pois que, tendo consagrado o classico principio: *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* — ella só é applicavel aos crimes que qualifica como taes (1).

Além d'isso, o crime commettido no extrangeiro contra Estado extrangeiro pouco ou nada deve prejudicar o nosso Estado e, pelo contrario, em certos casos, póde favorecel-o.

Para que este juizo, fundamentalmente verdadeiro, não nos induza em erro, precisa ser esclarecido.

Os crimes indicados em o n.º 3.º do art. 53.º agrupam-se em duas categorias, uma das quaes é constituida pelos crimes contra a segurança exterior e interior do Estado e a outra pelos restantes que atacam o seu credito.

Ora, lendo os artigos do Codigo penal que se referem áquelles (2) encontram-se incriminados factos que, em certa maneira, ou atacam ou podem affectar a segurança do Estado extrangeiro.

E o Codigo não distingue se a sua realização se deve dar em territorio portuguez ou extrangeiro.

Assim, pelo art. 160.º é punido com prisão correccional até seis mezes e multa até um mez «aquelle que offender publicamente, por palavras, ou por escripto

---

(1) Codigo penal, art. 15.º

(2) 141-169, liv. II, tit. II, cap. I, II e III. O cap. II tem por titulo — *Dos crimes que offendem os interesses do Estado em relação ás nações extrangeiras,* mas está subordinado ao titulo II, cuja inscripção é — *Dos crimes contra a segurança do Estado.*

ou desenho publicado, ou por qualquer meio de publicação, qualquer soberano ou chefe de nação extrangeira».

D'aqui não póde, porém, inferir-se conclusão contraria ao principio exposto. E isto porque aquelle crime é tambem crime contra a segurança exterior do Estado portuguez e é nesta qualidade que cahe sob a acção da nossa lei penal.

Neste sentido se deve entender, pois, o alcance dado ao n.º 3.º do art. 53.º do Codigo penal; e, uma vez isto assente, póde definir-se o principio de que ficam fóra da esphera de acção da lei penal portugueza os crimes contra a segurança interior ou exterior de Estado extrangeiro, os quaes em regra, nem ainda quando commettidos em Portugal são punidos (1).

Pelo que respeita aos crimes contra o credito não ha duvida tambem de que se restringem ao Estado portuguez.

Quanto á falsificação de moedas ou de notas de banco, os termos *portugueza* e *nacional* empregados em o n.º 3.º do artigo 53.º são terminantes (2).

---

(1) Doutrina analoga consagram quasi todas as legislações. Que saibamos, só a russa consagra o principio da punição dos crimes dos nacionaes commettidos no extrangeiro contra Estado extrangeiro.

(2) Na expressão — *moeda portugueza* — deve comprehender-se a moeda extrangeira com curso legal no Reino (Cod. penal, artt. 206.º e 212.º *in fine*).

E deverá comprehender-se tambem a moeda portugueza que já não tenha curso legal?

Certamente que não. Nem o credito nem a economia publica e privada são affectadas. Assim dispõem o Cod. penal em vigor art. 206.º e a Nov. Ref. Jud., art. 862.º

E em relação aos outros o mesmo se deve dizer, sem embargo da generalidade dos termos do Codigo, pois que, como observava S. Ferrão a proposito do n.º 2.º do art. 27.º do Cod. penal de 1852, o simples emprego da palavra *publicos* appropriada a sêllos e a papeis de credito, não póde, sem absurdo, tomar-se em sentido comprehensivo de taes sêllos, quando extrangeiros, porque seria incompativel com a mesma restricção quanto a moedas e notas dos bancos (1).

Por maioria de razão, como é obvio, o mesmo raciocinio se deve applicar aos crimes de falsificação de papeis de credito de companhias ou de estabelecimentos legalmente auctorisados para emittir notas.

Pelo que respeita aos agentes dos crimes indicados, o Codigo penal, acompanhando todas ou quasi todas as legislações extrangeiras continentaes, não distingue entre nacionaes e extrangeiros.

Doutrina identica estabelecia o Codigo penal de 1852. A lei de 1 de julho de 1867 guardava silencio ácerca dos extrangeiros. Ora, o Codigo penal em vigor é uma nova edição official do Codigo de 1852, com as modificações introduzidas pela Nova reforma penal de 1884.

E, como posteriormente á doutrina do artigo 27.º d'aquelle Codigo viera a da lei de 1 de julho de 1867 e esta guardou silencio ácerca da applicação da lei portugueza aos extrangeiros que no extrangeiro tivessem commettido algum dos crimes indicados em o n.º 3 do seu art. 1.º, é legitima a duvida sobre se a commissão encarregada de fundir num só diploma o Co-

(1) Ob. cit., vol. I, pag. 292.

digo penal de 1852 e a Nova reforma penal de 1884 podia inserir no artigo 53.º do Codigo penal em vigor a doutrina do n.º 4.º

A solução da difficuldade depende de averiguar se a lei de 1 de julho revogara o n.º 3.º do artigo 27.º do Codigo penal de 1852.

O Sr. Dr. Secco opinava no sentido affirmativo (1); e com effeito, não deixa de prestar-lhe serio apoio o facto de a lei de 1867 ter tido por fim remodelar a doutrina do artigo 27.º

Seguimos, porém, opinião contraria, baseado no espirito da lei, expressamente confessado no relatorio ministerial e nos pareceres das commissões das camaras dos pares e dos deputados, e no confronto da lei de 1 de julho de 1867 com o n.º 3.º do artigo 27.º do Codigo penal de 1852.

Aquelle foi, não restringir, mas ampliar e accrescentar a doutrina do artigo 27.º d'este Codigo.

«Outras reformas na legislação penal, — escrevia o ministro Barjona de Freitas, — estavam chamando a minha attenção. D'essas pareceu-me mais urgente, além das que deixo indicadas, a que tem por fim *ampliar* e *accrescentar* as disposições do artigo 27.º do Codigo penal *no que toca á punição dos crimes praticados por portuguezes em paiz extrangeiro contra as leis d'esse paiz*».

. . . .

«Fôra, porém, incompleta a extradicção dos extrangeiros que vêm procurar refugio ao nosso territorio contra as leis do seu paiz se não fossem punidos pela legislação portugueza os nacionaes que em paizes ex-

---

(1) Ob. cit., pag. 19.

trangeiros commetterem quaesquer crimes contra extrangeiros ou contra as leis d'outra nação.

Assim, entregariamos á punição os extrangeiros que commettessem algum crime punido pelas leis do seu paiz, e deixariamos impunes os portuguezes que em paiz extrangeiro commettessem crimes punidos pela legislação d'esse paiz mas não punidos pela nossa, desde que podessem evadir-se á acção dos tribunaes extrangeiros e procurar asylo na inviolabilidade do nosso territorio.

A semelhante omissão vem accudir a proposta que assim *suppre uma lacuna* importante na nossa legislação» (1).

Não foi, pois, intuito do legislador *supprimir* o n.º 3.º do artigo 27.º do Codigo penal de 1852.

Mas, dir-se-ha, se não foi esse o seu intento, a lei de 1 de julho de 1867 excedeu-o, atraiçoando-o, porque, não se referindo aos extrangeiros, supprimiu de facto essa doutrina.

Ora, isto não é exacto. Uma lei posterior só revoga uma lei anterior quando expressamente assim o declara, ou quando estabelece disposições contrarias e inconciliaveis com as d'esta que, por isso, tem de caducar. Mas nenhuma d'estas coisas se dá com a lei de 1867 posta em relação com o Codigo penal de 1852.

Fica revogada a legislação em contrario — diz o artigo 2.º da lei. E será contraria ás suas disposições o preceito do n.º 3 do artigo 27.º do Codigo penal de 1852? Certamente que não.

---

(1) *Diario de Lisboa*, 1867, pag. 595. Cf. no mesmo sentido os pareceres da commissão das camaras dos pares e dos deputados (Cit. *Diario de Lisboa*, 1867, pag. 2154 e 2189).

Por consequencia, não foi revogado.

Assim, o silencio da lei, longe de ser um argumento favoravel á suppressão do citado numero, contraria-a.

Além d'estes argumentos, ha a notar ainda que a applicação da nossa lei aos extrangeiros que commetterem em paiz extrangeiro algum crime contra a segurança ou contra o credito do Estado portuguez era entre nós doutrina tradicional, pois que muito antes de o Codigo penal de 1852 a estabelecer já ella estava consignada em a Novissima Reforma Judiciaria.

Não era, pois, natural que, se o legislador quizesse revogar esta doutrina, deixasse de o fazer expressamente.

Por ultimo, não é de esquecer que a fonte da lei de 1 de julho foi em grande parte a lei franceza de 1866 e que, segundo esta, incorrem na sua punição os extrangeiros que no extrangeiro commetterem algum crime contra o Estado francez.

Podemos, pois, em conclusão, dizer que, na hypothese sujeita, a nossa lei não distingue entre nacionaes e extrangeiros.

Julgamos tambem que não distingue entre auctores e cumplices. A razão de punir é a mesma, tanto num como noutro caso.

Além d'isso, do significado dos termos — *commettidos* e *commetterem* — o mesmo se infere.

E por ultimo era essa a doutrina anteriormente vigente, como o mostra o artigo 862.º da Novissima Reforma Judiciaria que, depois de sujeitar ás disposições da lei portugueza o portuguez delinquente, estabelecia no § unico: — «é applicavel a disposição d'este artigo aos extrangeiros *auctores, socios* ou *cumplices* dos mesmos crimes...».

Abrangerá tambem a nossa lei os encobridores?

No caso do artigo 198.º do Codigo penal certamente; são considerados cumplices.

No caso do artigo 149.º tambem.

Em outras hypotheses é difficil a solução.

Em rigor, o encobridor não commette crime contra a segurança e o credito do Estado. A sua actividade intervem posteriormente ao crime.

Mas por outro lado, ella é connexa á actividade dos auctores e cumplices e a sua impunidade representa um perigo para o Estado offendido.

Por isso, parece que a nossa lei deve ser competente para o julgar e punir.

6. Indicados os crimes e os agentes, a que por virtude do n.º 3.º do artigo 13.º se applica a nossa lei, vejamos se tal enumeração é justificavel perante os principios e se ha razão para punir tanto os agentes nacionaes como os extrangeiros.

Crêmos absolutamente justa e solidamente fundamentada a competencia da lei portugueza em relação aos portuguezes que commetterem em paiz extrangeiro crimes contra a segurança interior e exterior do Estado portuguez.

Em geral, as legislações não punem os crimes contra a segurança interior e exterior dos Estados extrangeiros, e ainda quando os punem é forçoso reconhecer que o Estado, contra o qual elles se dirigem, é o que mais justificado interesse tem na sua punição.

As suas condições de existeneia são as mais gravemente atacadas; são o alvo que o fim da actividade do delinquente procura attingir.

Póde dizer-se que o crime em taes condições é praticado no seu territorio; e era até por esta forma

que o eximio Zanardelli fundamentava e defendia a extensão da competencia da lei penal italiana aos crimes commettidos no extrangeiro contra a vida politica e o credito do Estado italiano (1).

Maurice Bernard considera tambem o conflicto entre a soberania do Estado em que o crime foi commettido e a do Estado atacado na sua segurança e credito como um conflicto entre duas soberanias territoriaes (2).

Além d'isso, na hypothese que estamos considerando ha ainda o favor da competencia do Estado offendido o direito que este possue de impôr a seus subditos a obrigação de o não atacarem em qualquer logar que estejam, assim como a presumpção de que a punição por elle applicada seja a mais efficaz para o delinquente e conjunctamente para a defeza social.

Por ultimo, a punição no Estado extrangeiro, ao qual taes crimes só interessam muito levemente, póde ser muito suave ou pouco o zelo dos seus tribunaes.

As mesmas razões justificam a applicação da lei do Estado offendido aos crimes commettidos pelos seus nacionaes contra o seu credito.

E julgamos até que, em relação a estes, a sua competencia deveria ampliar-se á hypothese em que taes crimes se dirigissem contra o Estado extrangeiro (3).

---

(1) *Relazione ministeriale del progetto,* 1888, apud cit. *Completo trattato teorico e pratico di diritto penale publicato da* P. Cogliolo, parte II, vol. 1.º, pag. 18.

(2) Ob. cit., pag. 35.

(3) É a doutrina dos Codigos penaes allemão (art. 4.º, n.os 1.º e 2.º) e belga relativamente á falsificação de moedas e da lei belga de 1878 relativamente a falsificação de moedas, sêllos, marcas, titulos e papeis de credito.

A razão é que, conforme em 1878 escrevia THONISSEN no seu relatorio á camara belga, são verdadeiros «delicta juris gentium. «La contrefaction de monnaies et papiers étrangers, etc., dizia este escriptor, jette le trouble dans le commerce, ébranle la richesse publique et privée de tous les pays; elle porte atteinte aux intérêts communs des nations civilisées qui dans la sphère des intérêts matériels comme dans le domaine plus élévé des intérêts intellectuels, vivent, en quelque sorte, d'une vie commune» (1).

E, com effeito, dada a reciproca penetração economica dos Estados, a qual dia a dia se torna mais ampla e mais profunda, os crimes de falsificação de moedas, notas de banco, papeis de credito etc. do Estado extrangeiro affectarão sempre a economia do Estado portuguez.

Além d'isto, a indole d'estes crimes é diversa da dos commettidos contra a ordem politica do Estado.

Atacam condições de vida social indispensaveis em todos os Estados, pois são independentes da fórma de governo, ao passo que a força nociva de delictos contra a segurança do Estado não se expande pela mesma fórma fóra da fronteira do Estado offendido.

Quando o delinquente fôr extrangeiro e commetter algum crime contra o credito do Estado portuguez applaudimos tambem por algumas das razões expostas a applicação da nossa lei.

Na hypothese de o credito offendido ser o de Estado extrangeiro, seria desejavel que, mantendo-se o direito

(1) Cit. por ALBERT BOSSY, ob. cit., pag. 174 e 175.

de preferencia do Estado offendido, todas as outras leis fossem subsidiariamente competentes.

A indole particular d'estes crimes, a extraordinaria força expansiva de seus perniciosos effeitos e, conseguintemente, a necessidade absoluta de os não deixar impunes aconselham tal solução.

Será, porém, conforme aos principios a applicação da lei do Estado offendido aos crimes commettidos no extrangeiro por extrangeiros contra a sua segurança?

Quasi todos os escriptores são concordes em responder affirmativamente.

Maurice Bernard, porém, adoptando esta solução relativamente aos crimes contra a segurança interior, perfilha a contraria relativamente aos crimes contra a segurança exterior do Estado, excepto se elles fôrem commettidos com o auxilio de processos contrarios á ordem publica em geral ou o extrangeiro fôr habitante do seu territorio (1).

E assim declara não puniveis em regra os factos de pegar em armas contra o Estado, a traição (2) e a espionagem.

Esta doutrina, que repousa sobre a natural differença de sentimentos e deveres que os nacionaes e extrangeiros alimentam e têem a respeito do Estado, approxima-se da doutrina da nossa lei, a qual é, todavia,

---

(1) Ob. cit., pag. 37.

(2) Em rigor, o crime de traição contra o Estado só póde ser praticado por nacionaes. O termo — traição —, como o proprio Maurice Bernard reconhece, suppõe a existencia d'um vinculo de obrigação entre o auctor do crime e o Estado offendido.

mais completa, porque, além da hypothese da residencia, previne ainda o caso, sem duvida mais grave, de o delinquente extrangeiro estar ao serviço do Estado portuguez.

Afóra estas hypotheses, a nossa lei não pune o extrangeiro.

Concebida nestes termos, esta doutrina é defensavel. O proprio principio de que a lei nacional é a mais efficaz perde força neste caso, pois os factos da residencia e de o extrangeiro estar a nosso serviço indicam a sua adaptação ao nosso ambiente social.

D'est'arte, o nosso legislador está em condições de medir approximadamente quanto a elles a efficacia preventiva e repressiva da pena applicavel.

7. As condições de que depende a competencia da lei penal portugueza em relação aos crimes de que nos temos até aqui occupado são diversas, conforme o delinquente é nacional ou extrangeiro.

Na primeira hypothese, só póde ser julgado pelos nossos tribunaes e segundo a nossa lei *quando não tenha sido julgado no paiz onde delinquiu* (1).

A mesma doutrina consignava a lei de 1 de julho de 1867 (2).

O Codigo penal de 1852 não estabelecia esta condição; fosse ou não julgado no extrangeiro, o portuguez era sempre julgado em Portugal (3).

Não exige, porém, a nossa lei que o facto seja tam-

---

(1) Codigo penal, n.º 3 do art. 53.º, *in fine.*
(2) Art. 1.º, n.º 3.
(3) Art. 27.º, n.º 2.

bem incriminado pela legislação do paiz onde teve logar o delicto.

E não exige tambem que o delinquente portuguez compareça em o nosso territorio ou seja extradictado.

Póde, pois, e o mesmo succedia em face do Codigo penal de 1852, ser julgado á revelia; isto é, póde instaurar-se-lhe o processo de ausentes (1).

A actuação d'este preceito involve, porém, muitas difficuldades.

Deverá instaurar-se o processo logo que as auctoridades portuguezas tenham conhecimento da perpetração do crime? Deverá aguardar-se a sua instauração no extrangeiro? Deverá instaurar-se sómente quando se reconhecer que no paiz em que foi commettido o delicto se descuidam?

Carece de resolução, diz o DR. SECCO. E na verdade assim é.

Julgamos, porém, que o processo deve ser instaurado logo que haja conhecimento do crime, pelo menos no caso de não ter sido ainda instaurado no extrangeiro.

É o que se infere da parte final do n.º 3.º do art. 53.º e o que aconselham os principios. A nossa lei só recua ante um julgamento.

Supponhamos, porém, que no momento em que se instaura em Portugal a acção penal, já decorreu segundo a lei extrangeira o praso de prescripção.

---

(1) Este processo é regulado entre nós pelo decreto de 18 de fevereiro de 1847, excepto na parte em que foi revogado pelo art. 2.º do decreto de 30 de julho de 1847 e carta de lei de 18 de agosto de 1848. (Vid. sobre as suas principaes disposições, *Annotações á legislação judiciaria, penal e do processo criminal* pelos SRS. AUGUSTO MARIA DE CASTRO e ANTONIO FERREIRA AUGUSTO, Porto, vol. I, pag. 350-354).

Assim, na Russia foi commettido um crime contra a segurança e credito do Estado portuguez e, embora punivel, por qualquer motivo deixou-se correr o praso da prescripção da acção penal.

O delinquente gosa na Russia do beneficio da extincção da acção penal. E poderá invocal-o perante os tribunaes portuguezes?

Por outras palavras: por que lei se conta o praso de prescripção da acção penal perante os tribunaes portuguezes?

Pela nossa — respondemos. As razões em que nos baseamos deduzem-se da indole e gravidade excepcional dos crimes e ainda de que a nossa lei não exige que elles sejam incriminados pela lei extrangeira, á qual só cede, quando esta tenha julgado o delinquente.

Ora na hypothese figurada não o julgou; e o criminoso desde o momento em que commetteu o crime cahiu sob a acção da nossa lei penal, cuja competencia se deve protrahir pelo tempo que esta fixou (1).

O julgamento do delinquente no paiz em que delinquiu obsta, porém, á applicação da lei penal portugueza.

Certamente, quando o n.º 3.º do art. 53.º diz — *não tendo sido julgado* — refere-se a um julgamento definitivo, quer absolutorio, quer condemnatorio (2).

A logica assim o exige; uma vez admittido o principio, forçoso é não rejeitar a sua conclusão. Tambem

---

(1) Cf. DIENA, *Des conflits de législation à l'égard des délits commis à l'étranger*, apud *Journal de droit international privé*, 1893, pag. 29 e 32.

(2) Os Codigos penaes da Suecia e da Noruega referem-se só ao julgamento condemnatorio.

salva a hypothese de o delinquente ter sido perdoado, amnistiado ou rehabilitado.

Em qualquer d'estes casos houve um julgamento definitivo e o delinquente não se *subtrahiu ao cumprimento da pena no todo ou em parte.*

Quando, porém, este facto se der, formar-se-ha novo processo perante os tribunaes portuguezes que, se julgarem provado o crime ou delicto, lhe applicarão a pena *correspondente pela nossa legislação,* levando em conta ao reu a parte que já tiver cumprido (1).

Sendo a pena a mesma ou da mesma natureza que a applicavel segundo a nossa lei, é facil fazer o respectivo desconto.

Para a hypothese em que fôr differente a lei portugueza não estabelece regra nenhuma, e, por isso, entendemos com o Sr. Abel do Valle que deve ficar no arbitrio do julgador estabelecer a correspondencia, como fôr de justiça, considerando porventura como attenuante a maior gravidade da parte da pena já cumprida no paiz extrangeiro, em relação á estabelecida na nossa legislação e applicando a disposição do art. 116.º do Codigo penal na hypothese em que ella seja mais benevola do que a nossa (2).

Não deve, porém, applicar-se a solução que indicámos em relação á prescripção da acção penal na hypothese em que, julgado e condemnado o delinquente em paiz extrangeiro, a pena esteja prescripta quando elle entrar em Portugal.

O praso d'esta prescripção deve contar-se segundo a lei do paiz pela qual foi julgado.

---

(1) Codigo penal, art. 53.º, § 3.º
(2) Ob. cit., pag. 231.

A razão é que a competencia da lei portugueza cessou no momento em que no extrangeiro houve um julgamento definitivo e desde então o delinquente ficou exclusivamente sob a acção da lei extrangeira.

A subordinação da applicação da lei portugueza aos crimes contra a segurança e credito do nosso Estado ao facto de o delinquente não ter sido julgado no paiz onde delinquiu não merece as nossas sympathias.

Já noutro logar (1), quando discutimos a hypothese de um crime ser commettido em Portugal e noutro territorio e o delinquente ser primeiro julgado no extrangeiro, exposemos em resumo as razões que nos levavam a rejeitar a applicação da maxima — *non bis in idem*.

Damol-as como reproduzidas aqui, com a observação de que, *a fortiori*, aquella maxima deve ser rejeitada em relação aos crimes contra a segurança e credito do Estado portuguez commettidos no extrangeiro, visto que em geral as legislações não incriminam os factos directamente attentatorios da segurança e credito d'um Estado extrangeiro; e quando o fazem, a sua incriminação e punição não offerecem geralmente garantias seguras de defeza, ao que accresce a legitima presumpção de que o zelo dos tribunaes extrangeiros seja muito tenue.

Esta é tambem a doutrina ensinada pela maioria dos escriptores e entre nós foi consagrada pelo Codigo penal de 1852 (2).

---

(1) Paragrapho antecedente (n.º 12).

(2) Art. 27.º, n.º 2.

8. Quando o delinquente fôr extrangeiro, para que a nossa lei lho seja applicavel, é necessario que compareça em territorio portuguez ou se possa obter a sua entrega (1).

Comquanto em principio se possa dizer que a justiça portugueza tem o direito de obrar em seguida á pratica do crime, a nossa lei exige uma d'estas dùas condições, porque o processo de ausentes, instaurado contra o extrangeiro seria, *muitas vezes,* inutil, por não ser exequivel quanto a custas, reparação de damnos e restituições, e, por isso, incompativel com a dignidade da justiça.

Em relação á condição do comparecimento do extrangeiro em territorio do Estado offendido, tem-se discutido entre os escriptores diversas hypotheses, tendentes a estabelecer se, para se verificar nos termos legaes, elle precisa ser expontaneo, ou abrange os casos de ser determinado por força maior, como por exemplo um naufragio.

Em França predomina a doutrina do comparecimento espontaneo; e assim tem-se julgado que não ha logar para a punição do naufrago (2), do que com consentimento do seu Estado (3) ou illudido pelas au-

---

(1) Codigo penal, art. 53.º, n.º 4. O mesmo dispunha o Codigo penal de 1852, art. 27.º, n.º 3.

(2) Vid. *Decreto consular de 18 brumaire do anno VIII.*

(3) Mangin cita a hypothese de um extrangeiro ser convidado como testemunha num processo instaurado no territorio do Estado sobre um crime commettido no extrangeiro e descobrir-se que elle é cumplice. Poderá ser preso? Este escriptor faz a seguinte distincção acceitavel: ou o extrangeiro é encontrado e citado no territorio do julgamento e voluntariamente se apresenta, ou, citado em paiz extrangeiro, com-

ctoridades publicas do Estado extranho vem ao seu territorio (1).

Esta doutrina é muito leal e em grande numero de casos acceitavel; mas, pelo menos, em relação á hypothese do naufragio, tem sido muito impugnada, com o fundamento de que acima da piedade pelo naufrago estão os interesses do Estado; e que é uma singular humanidade aquella que reclama piedade para o insuccesso do projecto d'aquelles que tentaram subtrahir-se á lei que justamente os teria punido, se elles não conseguissem pôr-se fóra do alcance da justiça (2).

A esta doutrina parece inclinar-se o n.º 4.º do Codigo penal, pois diz d'um modo geral sem fazer nem permittir distincção alguma — «uma vez que compareça em territorio portuguez».

Além das condições indicadas, será preciso tambem que o delinquente não tenha sido julgado no extrangeiro?

---

parece com consentimento do seu governo. No primeiro caso póde ser preso; no segundo não.

(1) Um exemplo suggestivo de comparecimento motivado por manobras ardilosas e desleaes é o que ALBERT BOSSY dá como succedido junto de Pagny na fronteira franco-allemã.

M. SCHNÆBELÉ, commissario de policia franceza, foi attrahido á fronteira por cartas do seu collega allemão, convidando-o a uma conferencia sobre negocios de serviço.

Chegado ahi, o allemão prendeu-o como implicado num crime de alta traição commettido em França contra o imperio allemão.

O governo allemão foi, porém. menos zeloso que o seu funccionario; restituiu SCHNÆBELÉ á França. (Ob. cit., pag. 157 e 160).

(2) Vid. SCHIATARELLA, ob. cit., pag. 34; e nota de CHARLES ANTOINE á pag. 72 do cit. *Traité de droit pénal internacional* de FIORE, part. I.

Em França, onde a redacção dos textos legaes é similar á dos nossos, predomina a opinião affirmativa (1).

E esta opinião basêa-se em que, se de tal condição depende o julgamento do nacional, como é expresso o artigo 5.º do Codigo d'instrucção criminal, *a fortiori* deve depender o do extrangeiro.

O silencio da lei explica-o F. Hélie pelo facto de esta ter pensado que nunca o acto seria julgado e punido pela justiça extrangeira, que não tem interesse na conservação do Estado francez.

Deverá adoptar-se entre nós esta mesma doutrina?

Parece que sim e pela mesma razão.

Mas, por outro lado, o Codigo penal de 1852 consagrava doutrina contraria. E o § 2.º do artigo 53.º do Codigo penal em vigor não faz referencia ao caso previsto em o seu n.º 4.º, como o faz ao do n.º 3.º

D'aqui póde inferir-se o argumento de que, se o legislador quizera ampliar ao extrangeiro a condição de elle não ter sido julgado no extrangeiro, não teria deixado de referir-se-lhe no § 3.º

Qual d'estas soluções deverá preferir-se?

Talvez a primeira. Do contrario, resultaria sempre a anomalia e o absurdo de a competencia da nossa lei ser, sob certo ponto de vista, mais ampla em relação a extrangeiros do que a nacionaes.

E a este absurdo só nos devêramos resignar, se fôra prohibido recorrer á analogia, o que não succede na hypothese sujeita.

A omissão em o n.º 4.º da condição consignada em

---

(1) Cf. Bossy, ob. cit., pag. 166-169; F. Hélie, ob. cit., tom. II, pag. 601; Garraud, ob. e vol. cit., pag. 240-242.

o n.º 3.º do artigo 53.º é, porventura, devida ao esquecimento da commissão em harmonizar a disposição do n.º 3.º do artigo 27.º do Codigo penal de 1852 com o principio da não reiteração de julgamento, consignado na lei de 1 de julho de 1867.

E esta presumpção está longe de ser gratuita, visto que outros exemplos de desleixo da commissão se podem apresentar. Entre elles destacaremos, por typico, o da inserção em o novo Codigo do artigo 197.º do Codigo de 1852, expressa e terminantemente revogado pela propria Nova Reforma penal (1).

Quando se adopte esta ultima opinião resulta evidente a ampliação do preceito do § 3.º do artigo 53.º ao caso do n.º 3 do mesmo artigo.

9. *B) Infracções que não atacam directamente a segurança e a economia do Estado.*

Relativamente a estes crimes tambem as legislações divergem nos principios reguladores da competencia extra-territorial.

A sua extensão é differente, quer sob o ponto de vista dos agentes a que é applicavel ou da indole e numero das infracções, quer das condições a que está subordinada.

Em relação aos agentes, as legislações e o os projectos legislativos podem classificar-se em quatro grupos:

1.º Umas tomaram para base da definição da sua competencia conjunctamente a nacionalidade do delinquente e da victima e restringiram-na por isso aos crimes commettidos por nacionaes contra nacionaes.

---

(1) § unico do artigo 74.º

Pertencem a este grupo o Codigo d'instrucção criminal francez (1) e o Projecto do conselho d'Estado francez de 24 do fructidor do anno XII (2).

2.º Outras tomaram exclusivamente por base a qualidade de nacional do delinquente, e por isso, definiram a sua competencia em relação aos crimes por elle praticados, seja qual fôr a nacionalidade da victima. É a solução do decreto francez de 3-7 de setembro de 1792, do Codigo de brumaire, anno IV, da lei franceza de 1866, do Codigo penal belga e em parte da lei belga de 1878, e dos Codigos penaes allemão, hollandez de 1881, de Luxemburgo, etc.

3.º Os Codigos penaes da Noruega, da Suecia, do Mexico, da Roumania, a lei roumana de 15 de de fevereiro de 1894 e a maior parte dos Codigos penaes dos cantões suissões, excepto os de Vaud, dos Grisões e de Genebra combinaram os principios da nacionalidade do delinquente e da victima e estabeleceram a sua competencia relativamente: *a*) aos crimes praticados por nacionaes, seja qual fôr a nacionalidade da victima; *b*) aos commettidos por extrangeiros, quando a victima seja nacional.

4.º Finalmente, outras, como a austriaca, a hungara, a russa, a bulgara e a italiana estabelecem a sua competencia, tanto em relação ao delinquente nacional como ao extrangeiro, seja qual fôr a nacionalidade da victima.

Tendencia nitida e vigorosamente accentuada para

---

(1) Art. 7.º

(2) Cf. BOSSY, ob. cit., pag. 182.

Este projecto restringia ainda a competencia aos crimes contra a pessoa.

alargar a competencia extra territorial da lei penal nota-se ainda, segundo informa MAURICE BERNARD, nos modernos projectos de Codigos penaes, como o austriaco de 1891, o suisso de 1896 (1), allemães de 26 de fevereiro de 1876 e de 17 de abril de 1889, e russos de 1871 e de 1898 (2).

O projecto francez de 1893 mantem-se, porém, fiel á doutrina do Codigo de instrucção criminal.

Em relação á indole dos factos puniveis, todas as legislações se referem aos crimes e delictos ou só aos crimes, conforme adoptaram a classificação tripartida ou bipartida das infracções.

Algumas, como o Codigo penal hollandez, enumeram porém, os crimes relativamente aos quaes são competentes, e, segundo o Codigo de brumaire, a lei franceza só era applicavel aos *crimes,* isto é, aos factos a que correspondesse pena afflictiva ou infamante.

Comprehende-se o alcance d'esta restricção, desde que não se esqueça que este Codigo, consagrando a doutrina tradicional em França, cuja vigencia se tem protrahido até nossos dias, adoptara a classificação tripartida.

D'est'arte, os delictos commettidos em paiz extrangeiro eram excluidos da competencia extra-territorial da lei franceza.

Algumas legislações, como a franceza e a belga, referem-se ainda a contravenções em materia florestal, rural, piscatoria, aduaneira ou de contribuições indirectas commettidas em territorio de um dos Estados

---

(1) Cf. *Étude sur l'Avant-Projet du Code pénal suisse* por ALBERIC ROLIN, apud *Revue de droit int.*, 1897, pag. 32-34.

(2) Ob cit., pag. 90-91.

limitrophes, quando a legislação d'estes punir as mesmas contravenções commettidas em territorio belga ou francez (1).

Em relação ás condições do exercicio da competencia extra-territorial, as legislações divergem muito.

Aquellas que, como a franceza, adoptaram a classificação tripartida distinguem entre crimes e delictos. No primeiro caso, o exercicio da jurisdicção extra-territorial depende apenas de não haver julgamento no extrangeiro; no segundo, depende mais de o facto ser tambem incriminado pela legislação do territorio em que foi commettido e de o delinquente ser encontrado no territorio nacional ou extradictado.

Das legislações que admittiram a classificação bipartida e constituiram com os crimes e delictos um dos seus termos umas exigem a realisação conjuncta das tres condições, outras excluem a de o facto ser incriminado pela lei do paiz em que foi commettido, quando o delinquente seja nacional.

10. Os systemas adoptados entre nós quanto á definição da esphera e das condições de exercicio da competencia extra-territorial têm sido tambem differentes.

Assim, em relação aos agentes do crime, a Novissima Reforma judiciaria e o Codigo penal de 1852, seguindo o systema do Codigo d'instrucção criminal francez, tomaram para base a qualidade de nacional do delinquente e da victima e definiram, quanto aos crimes de

---

(1) Lei franceza de 1866, art. 2.º; — Lei belga de 1878, art. 9.º Cf. GARRAUD, ob. cit., pag 234 e 235; — BOSSY, ob. cit., pag. 182 e segg.; — PRINS, ob. cit., pag. 63, etc.

que nos occupamos, que a lei portugueza só era applicavel quando fossem commettidos por portuguez contra portuguez (1).

Pelo contrario, a lei de 1 de julho de 1867 e o Codigo penal em vigor, seguindo o systema da actual lei franceza de 1866, adoptaram exclusivamente o criterio da nacionalidade do delinquente e, por consequencia, ampliaram a sua competencia extra-territorial aos crimes commettidos por portuguez, cuja victima fosse de nacionalidade extrangeira.

É o que sem a minima sombra de duvida se infere dos termos: — «a qualquer outro crime *commettido por portuguez em paiz extrangeiro*»; — empregado em o n.º 4.º do artigo 1.º da lei referida e em o n.º 5.º do artigo 53.º do Codigo penal.

Pelo que respeita ás condições de que depende a effectividade da competencia da lei portugueza, tambem é divergente a doutrina da Novissima Reforma Judiciaria, do Codigo penal de 1852, da Lei de 1 de julho de 1867 e Codigo penal em vigor.

Aquella estabelecia apenas duas condições:

a) não ter sido o delinquente julgado no paiz em que commetteu o delicto;

b) querellar o proprio offendido (2).

O Codigo penal de 1852 parecia restringir a primeira ao caso de o delinquente não ter sido punido (3);

---

(1) Nov. Ref. Jud., art. 863.º e Codigo penal de 1852, art. 27.º, n.º 3.º

(2) Art. 863.º

(3) Com effeito, a expressão — *não tendo sido punido* — deixava a duvida sobre se seria precisa a punição do delin-

mantinha a segunda e accrescentava est'outra: ser o delinquente achado no reino (1).

Finalmente, a Lei de 1 de julho de 1867 e o Codigo penal em vigor que, nesta parte, é sua copia integral, mantiveram a primeira condição da Nov. Ref. Judiciaria; a que indicámos em ultimo logar do Codigo penal de 1852; accrescentaram est'outra: — ser o facto qualificado de crime ou delicto tambem pela legislação do paiz onde foi praticado — e restringiram a condição da querella do offendido aos delictos a que fossem applicaveis penas correccionaes, additando que, na ausencia de queixa, bastava a participação official da auctoridade do paiz onde se commetteram os delictos (2).

---

quente effectiva e integral segundo a lei extrangeira ou bastava para excluir a applicação da lei portugueza qualquer sentença definitiva absolutoria ou condemnatoria no caso de o delinquente ter conseguido evadir-se legal ou illegalmente ao cumprimento da pena no todo ou em parte.

A primeira solução era, sem duvida, mais conforme á letra do n.º 4.º do art. 37.º Entretanto, Silva Ferrão inclinava-se á segunda, baseado em que aquella involvia violação da maxima — *non bis in idem* — e que fôra intuito do legislador, aliás não bem realisado nesta parte, como já o não fôra em converter num preceito aquillo que em França era uma faculdade, traduzir a doutrina do art. 7.º do Codigo d'instrucção criminal francez que expressamente faz depender a applicação da lei franceza do facto de o delinquente não ter sido *processado* e *julgado* em paiz extrangeiro. (Tout Français qui se sera rendu coupable, hors du territoire du royaume d'nn crime contre un Français, pourra, à son retour en France, y être poursuivi et jugé, *s'il n'a pas été poursuivi et jugé en pays étranger*, et si le Français offensé rend plainte contre lui).

(1) Art. 27.º, n.º 3.º

(2) § 2.º do art. 1.º da lei de 1 de julho de 1867 e do art. 53.º do Codigo penal.

Em relação aos factos que suscitam a competencia extra-territorial da lei penal, todos os diplomas citados os restringiram aos crimes ou delictos.

É certo que o Codigo de 1852 e a Novissima Reforma judiciaria fallam em apenas em *crimes:* mas, como clara e expresssamente diz o artigo 1.º d'aquelle Codigo, *crime* e *delicto* são termos que traduzem a mesma ideia, o que succede tambem em face do actual Codigo penal.

E, se este usou da expressão *crime* ou *delicto,* a razão está certamente no facto de exigir que se verifique o requisito da aliena *b*) e muitas legislações extrangeiras terem adoptado a classificação tripartida.

Não ha, pois, referencia ás *contravenções*. O nosso Codigo reservou para os tratados definir, quando isso fosse conveniente e preciso, as condições da sua punição, o que, dentro do seu systema de distincção qualitativa d'essas duas especies puniveis, é perfeitamente logico.

Em relação ao portuguez, agente do crime, o Codigo penal não distingue entre auctor, cumplice e encobridor; pelo contrario, com o emprego do termo — commettido — manifestou o intuito de os abranger a todos.

E, como já noutro logar dissemos, esta era a doutrina da Novissima Reforma Judiciaria com respeito aos agentes de crimes contra a segurança e o credito do Estado portuguez (1).

D'est'arte, preenche o nosso Codigo uma lacuna que a simples applicação da competencia territorial dei-

---

(1) Art. 862.º e § unico.

xava, na hypothese de o portuguez praticar actos de cumplicidade em territorio extrangeiro num crime commettido no extrangeiro.

Não punido por virtude do n.º 1.º do artigo 53.º, pois na hypothese sujeita não commettera nenhum acto de execução e de preparação em Portugal, elle poderia vir procurar aqui asylo seguro de impunidade, se não fôra a disposição do n.º 5.º do mesmo artigo.

11. Para esclarecer a significação e o alcance que o Codigo penal quiz dar ao facto de o delinquente dever ser portuguez, analysaremos algumas hypotheses que, entre outros, Bossy e Diena figuram.

Assim, supponhamos que o delinquente era antes do delicto extrangeiro e o praticou nesta qualidade, mas, depois d'elle e antes de ser julgado, adquiriu a nacionalidade portugueza e reside em Portugal.

Inversamente era portuguez antes do delicto, commetteu-o nesta qualidade, mas depois naturalisou-se extrangeiro e é nesta qualidade que entra em Portugal.

Algumas legislações prevêem e regulam estas hypotheses.

Assim, o Codigo penal hungaro dispõe no § 10.º que «ao subdito hungaro que depois de ter commettido um crime ou um delicto se torna subdito extrangeiro são applicaveis as disposições em vigor para os subditos hungaros; ao subdito extrangeiro que como tal commette um crime ou um delicto e se torna mais tarde subdito hungaro são applicaveis as disposições em vigor para os extrangeiros» (1).

---

(1) Excepto a extradição.

O Codigo penal allemão, depois de estabelecer o principio da sua applicação aos allemães que commettam um crime no extrangeiro, accrescenta que «póde tambem proceder-se se o inculpado não era ainda allemão no momento em que o facto foi realisado, sendo porém necessario que haja uma rogatoria da auctoridade competente do logar onde o facto foi commettido».

O Codigo penal hollandez, que adopta o principio da não punição dos extrangeiros, dispõe, todavia, que o extrangeiro, naturalisado hollandez depois da pratica do crime, fica sujeito á lei hollandeza.

E do mesmo modo, a lei belga de 15 de março de 1874.

A nossa lei, assim como a franceza e a italiana, guarda rigoroso silencio a tal respeito.

Julgamos, porém, que é á qualidade que o agente tinha no momento em que commetteu o crime que se deve attender para definir se a nossa lei é ou não applicavel.

A letra do n.º 5.º do art. 53.º assim o parece indicar: — ao crime commettido por portuguez; — e, por outro lado, a sua applicação áquelle que no momento da pratica do crime não fosse portuguez equivaleria a uma verdadeira retroacção, incompativel com os principios geraes em que se inspira.

Por consequencia, applicando este criterio ás hypotheses figuradas, resulta quanto á primeira que a nossa lei não é applicavel e que pelo contrario o é na segunda.

É certo que a sua não applicação ao extrangeiro que, já portuguez, vem ou reside em o nosso territorio equivale a offerecer-lhe um meio facil de obter a impunidade e até de illudir a sua primeira lei, tanto mais que, uma vez adquirida a qualidade de nacional, nem

mesmo poderá ser extraditado, conforme a pratica dominante entre as nações.

Entretanto, não é menos verdade que essa é a doutrina que emana directamente do n.º 5.º do art. 53.º

A grande difficuldade estará muitas vezes em determinar o momento do delicto.

E este aspecto da questão, que os escriptores de que temos conhecimento não consideraram, é certamente o mais interessante.

Nos delictos instantaneos a difficuldade está resolvida por si mesma.

Mas differentemente succede nos delictos continuos, de habito e, principalmente, na hypothese tão curiosa quão difficil do delicto continuado.

Quanto aos delictos contínuos e de habito entendemos que a lei portugueza só deve punir aquelles factos que o agente commetteu depois do momento em que adquiriu e antes d'aquelle em quc perdeu a qualidade de cidadão portuguez.

Porém, relativamente ao delicto continuado, opinamos contrariamente. Caracterisa esta especie delictuosa, digamos assim, uma certa indivisibilidade objectiva. Não é possivel scindir os seus elementos sem a desorganisar por completo.

A pluralidade de factos funde-se na mesma *unidade* de resolução criminosa e de violação da lei.

Por isso, se o agente em qualquer momento da sua execução possuir a qualidade de cidadão portuguez, julgamos que lhe é inteiramente applicavel a nossa lei.

12. Das condições a que está subordinada a applicação da lei portugueza aos crimes, de que vimos tratando, a primeira na ordem da inscripção é o comparecimento do delinquente em territorio portuguez.

As legislações que, como a franceza, adoptaram a classificação tripartida, distinguem entre crimes e delictos, não exigindo em relação áquelles o comparecimento do delinquente em territorio nacional.

E a consideração em que se baseiam é que o crime é um facto tão immoral, tão gravemente offensivo da justiça e revela no seu agente uma perversidade tão intensa e tão perigosa que não ha necessidade de esperar pelo seu regresso para o punir.

A nossa lei baseou-se, porém, em que, seja qual fôr a indole particular do crime, o perigo só existe quando o delinquente penetra em territorio portuguez.

Usando da expressão—sendo achado—não exige que o comparecimento seja espontaneo.

A segunda condição refere-se exclusivamente á incriminação, como claramente se infere da aliena *b*) do n.º 5.º do art. 53.º

O mesmo succede em face da legislação franceza em relação aos delictos (1).

É, pois, indifferente que seja da mesma ou de diversa indole, ou mais ou menos grave a pena imposta pela legislação extrangeira. A nossa lei não attende a isso; o que apenas procura saber é se o mesmo facto é incriminado pelas legislações extrangeiras.

A razão da doutrina adoptada pelo nosso Codigo penal é que, sendo o paiz onde foi commettido o crime aquelle em que as condições de existencia social foram

---

(1) Relativamente aos crimes, não exige a lei franceza que elles o sejam tambem segundo a lei extrangeira. A razão está no conceito que lhes liga. Cf. GARRAUD, ob. e vol. cit., pag. 233.

mais profundamente atacadas, parece, pelo menos, *trop de zèle* punir quem em face d'essa mesma lei praticou um acto não incriminado.

É certo que, em rigor, o portuguez, preso como está pelo vinculo da nacionalidade á lei portugueza, é obrigado a não infringil-a, seja qual fôr o territorio em que se encontrar; mas não é menos verdade que é, pelo menos, uma attenuante digna de ponderação a circumstancia de o facto commettido no extrangeiro ser ahi licito.

Quanto á terceira condição, isto é, ao julgamento do criminoso ou delinquente no paiz em que commetteu o delicto, entendemos que o seu alcance deve definir-se de harmonia com o que estabelecemos, no caso de o crime ser algum dos indicados em o n.º 3.º do art. 53.º do Codigo penal.

É preciso que o julgamento seja definitivo.

Conseguintemente, a simples instauração do processo não impede a sua reiteração em Portugal.

E o mesmo se deve dizer quando o delinquente tenha sido julgado á revelia, isto é, estando ausente e não tenha decorrido o praso legal para oppôr embargos.

Relativamente á prescripção da acção penal é que talvez esta se deva contar de harmonia com a lei do paiz em que o crime foi commettido, ao contrario do que succede quando o crime fôr algum dos indicados em o n.º 3.º do art. 53.º do Codigo penal (1).

As condições que acabamos de indicar são cumulativas; e, por isso, faltando uma, cessa a competencia penal da lei portugueza. É o que se infere da letra do

---

(1) Assim opina DIENA, art. cit.

*

n.º 5.º d'este artigo que diz — «verificando-se os requisitos...».

Quando o delinquente seja julgado pelos tribunaes portuguezes, a pena que estes devem applicar é a que preceituar a nossa lei.

O Codigo penal dispõe no art. 84.º que «não poderá ser applicada pena alguma que não seja decretada na lei»; e em o n.º 53.º não se encontra estabelecida nenhuma excepção a este preceito. Pelo contrario, no § 3.º diz-se terminantemente: — «applicarão a pena correspondente pela nossa legislação». Era esta tambem a doutrina da lei de 1 de julho de 1867 (1) e do Codigo penal de 1852 (2).

Algumas legislações extrangeiras dispõem, porém, que, na hypothese em que a pena fixada na lei do paiz onde o delicto foi commettido seja mais leve, é esta que deve applicar-se.

E tal doutrina é defendida por muitos escriptores, com o fundamento de que, sendo a competencia da lei nacional suppletoria, não deve ser mais rigorosa do que a do paiz onde o crime foi commettido e de que é canon fundamental de justiça a applicação, no concurso de penas, da mais leve.

Em refutação, póde dizer-se que este principio é apenas canon da escola classica e que nem sempre a applicação da pena mais leve é conveniente á defeza social e á correcção do delinquente.

Além d'isso, cada uma das soberanias é independente e os seus tribunaes não podem applicar outras

---

(1) Art. 1.º § 3.º
(2) Artt. 27.º e 28.º

penas que não sejam as consignadas expressamente na sua lei.

E, por ultimo, será muitas vezes impossivel, em virtude da falta d'uma tabella internacional de equivalencia de penas, dizer qual d'ellas é a mais leve.

Finalmente, se ao delicto forem applicaveis penas correccionaes, a nossa lei exige ainda para a formação e julgamento do processo queixa da parte offendida ou participação official da auctoridade do paiz onde o delicto foi commettido.

Julgamos que não ha necessidade de esta participação ser espontanea, como, aliás erradamente, entendeu perante a legislação belga o tribunal de Bruxellas.

A nossa lei não o exige; e, além d'isso, póde succeder que o governo extrangeiro não tenha por si conhecimento da pratica do crime nem da evasão do delinquente anteriormente á informação ou aviso do Estado, em cujo territorio aquelle se refugiou.

A queixa em que falla o § 2.º do art. 53.º não significa querella.

O § unico do art. 21.º do decreto de 15 de setembro de 1892, que pôz termo a uma questão muito debatida anteriormente, expressamente dispoz que «em *todos* os casos em que o Codigo penal exige *queixa*, denúncia ou participação do *offendido*, ou de certas pessoas para haver accusação publica, *basta que essas pessoas dêem conhecimento do facto em juizo, e não é necessario que accusem*».

As legislações extrangeiras podem sob este aspecto, distribuir-se em tres grupos, constituidos: um, por aquellas que, como a franceza e a hespanhola, admittiram doutrina identica á da nossa; outro, pelas legislações que, como a belga, só a admittiram no caso de

a victima ser extrangeiro, e o terceiro por aquellas que, como a allemã, a hungara, etc., fazem depender a formação e julgamento do processo de queixa da parte offendida só no caso de esta ser exigida pela lei do paiz em que o crime foi commettido.

Alguns escriptores francezes têm impugnado a doutrina da sua lei, com o fundamento de que ella é injuridica e perigosa (1).

E, com effeito, não só é verdade que a funcção da lei penal é eminentemente publica, autonoma e inspirada no interesse e defeza social, mas a exigencia de queixa da parte offendida póde dar logar a contractos escandalosos e immoraes entre o delinquente e a victima, por meio dos quaes aquelle compre a esta a sua impunidade.

Por isso, fôra certamente preferivel que a applicação effectiva da lei penal não dependesse de tal condição, incompativel com a dignidade e o caracter social da funcção de punir, e, quando menos, em relação áquelles crimes nos quaes a intervenção do ministerio publico é independente da queixa ou denuncia da parte offendida.

13. Exposta, ainda que ligeiramente, a doutrina do art. 53.º sobre a competencia da nossa lei em relação aos crimes commettidos no extrangeiro que não atacam directamente as condições de existencia e segurança do Estado, analysemol-a no seu fundamento scientifico.

Arduo, mas interessantissimo, problema este, em torno do qual se entrechocam em lucta aberta e irre-

---

(1) Vid. Bossy, ob. cit., pag. 226 e 227.

conciliavel os mais divergentes criterios e as doutrinas mais flagrantemente contradictorias.

Á uniformidade que, segundo informa FIORE, reina entre os escriptores, incluindo aquelles que mais ardentemente propugnam a territorialidade da lei penal, em reconhecer que esta deve extender a sua acção punidora aos crimes contra a segurança e credito do Estado embora commettidos no extrangeiro, corresponde o mais completo desaccordo em relação aos crimes de que nos occupamos.

A razão d'este contraste, que é notavel, pois que tanto em relação áquelles como a estes se póde collocar o problema da extra-territorialidade da lei penal, está porventura na indole peculiar dos crimes que atacam a vida politica e economica do Estado, no principio de que ficariam impunes, se porventura não lhes fôsse applicavel a lei do Estado offendido e ainda, para muitos defensores da territorialidade da lei penal, na consideração de poderem ser julgados commettidos no territorio do mesmo Estado offendido.

Em relação aos outros crimes não se dão estes motivos, e d'ahi a signalada divergencia entre os escriptores.

Para uma numerosa phalange, como OLIN, BERENGER, TREILHARD, BROGLIE, ROSSI (1) e entre nós SILVA FERRÃO (2) e o SR. CONSELHEIRO HINTZE RIBEIRO (3), a lei penal deve ser exclusivamente territorial. Fundamentam, porém, differentemente este principio. Assim para OLIN emana de que o direito de mandar do

---

(1) Cit. por BOSSY, ob. cit., pag. 111 e seg.
(2) Ob. cit., vol. I, pag. 287 e seg.
(3) *Theses ex universo jure*, pag. 19.

qual deriva a lei não ultrapassa as fronteiras do Estado.

«L'homme, escrevia OLIN, doit respecter la société où il vit, c'est sa seule obligation. Chaque peuple institue un pouvoir dont les décisions sont des règles absolues et impératives dans les limites de ses frontières. Ceux qui les franchissent sont tenus de se conformer à ces lois, ceux qui s'en éloignent courent au devant d'une autorité voisine. Notre nature ne nous rève pas à la société en général, elle nons lie vis-a-vis d'une société déterminée dont le choix nons appartient. Le pouvoir n'a aucun titre à réprimer les faits commis à l'étranger: son autorité expire lá où cesse son domaine. *La loi est un commandement; or, à l'étranger, elle n'a aucun droit de commander»* (1).

Outros, como BECCARIA (2), baseiam-no no principio da utilidade, e dizem que, se esta é o fundamento do direito de punir, não deve a lei penal extender-se a crimes que, por serem commettidos no extrangeiro, não atacam as condições de existencia do Estado que ella visa a defender e garantir.

Ou sob uma fórmula ou sob outra, esta doutrina é sempre a expressão prática d'um injustificado egoismo nacional, incompativel com a solidariedade que deve prender os povos na lucta contra o crime.

É, além d'isso, extremamente perigosa porque favorece a impunidade do delinquente.

De feito, supplondo-a adoptada entre todos os povos, a sua logica consequencia prática seria que o delin-

(1) Cit. por ALBERT BOSSY, ob. cit., pag. 111.

(2) *Traité des délits et des peines,* § 29.

quente logo que, por sua diligencia ou ardis, alcançasse subtrahir-se á justa punição da lei do territorio em que commetteu o crime ficaria impune.

É certo que ha o recurso da extradição; mas, ainda neste caso, a impunidade protegeria o delinquente nacional do paiz de refugio, pois que os Estados recusam sempre conceder a sua extradição.

E, certamente, não se dirá que isto seja consentaneo á utilidade de qualquer Estado em que o crime não foi commettido, principalmente quando o delinquente vem procurar asylo no seu territorio.

A utilidade do Estado exige pelo contrario que o delinquente, quando extrangeiro, seja entregue ao Estado offendido; e, quando nacional, seja punido no Estado de refugio.

Não tem mais valor o argumento de que a lei penal do Estado expira no ponto em que termina o seu territorio. A extra-territorialidade da lei penal não significa que a sua acção repressiva se exerça no territorio de Estado extrangeiro. Não invade, pois, a soberania alheia; actua apenas o direito que tem de defender-se contra as violações que a aggridem.

E, na hypothese de o delinquente ser nacional, é certamente violada, pois que este tem sempre e em toda a parte obrigação de respeitar a lei da sua patria, tanto mais que esta o cobre ainda em paiz extrangeiro com a sua protecção.

A evolução historica fornece-nos tambem argumento contra o exclusivismo da theoria territorial.

Á medida que a civilização têm avançado e as relações dos Estados se têm extendido, o principio da extra-territorialidade tem penetrado mais profunda e mais amplamente nas legislações.

E esta tendencia, como já tivemos occasião de di-

zer, continúa nos modernos projectos de Codigos penaes.

Em conclusão: a theoria da exclusiva territorialidade da lei penal é práticamente perigosa e não assenta em solido fundamento theorico.

Até onde se extende, porém, o principio da extraterritorialidade?

Além das infracções contra a vida politica e economica do Estado, que outros crimes abrange?

Muito diversas são as soluções dos escriptores. Exporemos as mais importantes (1).

Uns, baseados em que só motivos de conservação ou defeza publica fundamentam e justificam a extraterritorialidade da lei penal, limitam-na áquelles crimes.

Pelo contrario, outros, baseados em que o crime é uma violação dos principios da justiça absoluta, emanação da propria Divindade, e uma offensa aos direitos da humanidade e que é funcção do Estado actuar e defender estes principios, propugnam a extra-territorialidade absoluta da lei penal, sem distincção de nacionalidade, nem de territorio.

Finalmente, outros escriptores deduzem o principio da extra-territorialidade do vinculo pessoal que em toda a parte liga o cidadão á sua patria e limitam-na aos crimes em que intervenham nacionaes.

É a doutrina da personalidade do direito penal.

Mas, como numa relação de indole criminal o cidadão póde intervir na qualidade de delinquente ou de

---

(1) Vid. as diversas fórmulas de solução apresentadas em Carrara, ob. cit., vol. II, pag. 568 e seg.

victima, estes escriptores divergem ainda, defendendo uns que a lei penal só deve applicar-se aos crimes commettidos no extrangeiro, quando o delinquente seja nacional e sustentando outros que só no caso de a victima o ser. Isto é, para usar dos termos classicos, uns tomam para base a nacionalidade ou personalidade activa; outros a nacionalidade ou personalidade passiva.

Num d'estes ou em ambos os criterios se inspirou a maior parte das legislações.

Das theorias expostas, a primeira é muito restricta, illogica e offerece os mesmos perigos práticos que a theoria da territorialidade da lei penal.

A segunda, caracteristicamente metaphysica, repousa sobre uma chimera, como é a justiça absoluta. Inspira-se, é certo, num sentimento generoso e humanitario, qual é a solidariedade dos Estados na lucta contra o delinquente e na defeza dos principios moraes e juridicos.

Mas nem os Estados são, contra o que escrevia MANFREDINI (1), «chamados a applicar a *lei eterna de ordem,* para a protecção juridica da humanidade» ; nem as leis penaes são em todos os paizes as mesmas quanto á incriminação e punição; nem, o que mais vale, o delinquente é em toda a parte um e mesmo typo psychico, amorpho e indifferente, a que se possa com efficacia applicar indistinctamente a pena fixada em qualquer lei.

Ora, como é visivel, é da realização d'estas condições que depende a defeza da extra-territorialidade absoluta da lei penal.

---

(1) *Archivio giuridico,* 1872, pag. 166.

E não se diga que a sua rejeição equivale a conceder ao delinquente um salvo-conducto de impunidade logo que elle transponha as fronteiras do paiz em que delinquiu.

Ha meios de evitar este inconveniente, como a extradição.

E, por outro lado, essa rejeição não implica a admissão da theoria territorial.

A theoria da personalidade obvia tambem a muitos d'esses inconvenientes e tem ainda o merecimento de repousar sobre uma base segura e scientifica, quando considerada na sua primeira fórmula, isto é, em relação ao delinquente.

O laço que a nacionalidade cria não se dissolve pelo simples facto da ida ou residencia no extrangeiro.

Além do complexo de causas physicas e moraes que prendem o cidadão á sua patria, o laço de nacionalidade traduz-se ainda num conjuncto de deveres e obrigações reciprocas; e um d'estes deveres é, como já tivemos occasião de dizer, para o cidadão, não commprometter por meio da prática de crimes o bom nome da patria que, ainda no extrangeiro, o garante e protege.

A este dever corresponde para o Estado o direito de exigir que elle se mantenha no respeito das leis.

D'est'arte, o criminoso não offende sómente a lei do territorio onde delinquiu; offende tambem a do Estado a que pertence.

Além d'isso, a pena fixada por esta deve reputar-se mais efficaz; e a funcção que a moderna sociologia attribue ao juiz criminal será tambem mais efficazmente realizada pelos tribunaes nacionaes do delinquente que estão em melhores condições para analysar e interpretar a sua degenerescencia psychica, de ordi-

nario filiada em antecedentes hereditarios, producto de condições ethnicas especiaes que o juiz extrangeiro difficilmente poderá apreciar.

D'est'arte, a applicação da lei e da jurisdicção nacional do delinquente realiza o principio da solidariedade dos Estados contra o crime e conjunctamente effectua a defeza social e a melhor correcção do criminoso (1).

Deverá, porém, considerar-se a applicação da lei e da jurisdicção nacional subsidiaria da territorial, como faz a nossa lei?

As considerações expostas conduzem-nos á negativa. As vantagens resultantes da applicação d'aquella contrabalançam de sobejo a maior gravidade do alarme causado no territorio em que o crime foi commettido (2).

---

(1) A doutrina da *personalidade activa* da lei penal foi consagrada no VI Congresso penitenciario internacional de Bruxellas, realizado desde 6 até 13 de agosto de 1900. (Vid. *Revue de droit international,* 1901, pag. 450).

(2) Vid. sobre esta materia, entre outros, FIORE, *Traité de droit pénal international* cit., part. I, pag. 33 e seg.; BOSSY, ob. cit., pag. 105 e seg.; MANDUCCA, ob. cit., pag. 441-442; CARRARA, ob. cit., vol. II, pag. 559 e seg.; FEDDOZI, *Delle possibili conseguenze del positivismo penale nel sistema di diritto penale internazionale,* apud *Rivista italiana per le scienze giuridiche,* vol. XXIII, fac. II, dispensa 68, pag. 240-269.

INDICE

CAPITULO I

Da competencia penal internacional nas legislações dos povos : breve esboço historico

CAPITULO II

Da competencia penal internacional da lei portugueza

§ 1.º

Noções geraes

§ 2.º

Competencia territorial da lei penal portugueza

§ 3.º

Competencia extra-territorial da lei penal portugueza

ERRATAS MAIS IMPORTANTES

Visto

Pag.	*Lin.*	*Onde se lê*	*Leia-se*
4	1	impossivel	possivel
22	12	PRODIER	PRADIER
23	1	o continuaram	continuaram
24	13	estabelecem	estabeleceu
27	33	é	tem
34	1	do	de
35	1 not.	*Del*	*Di*
43	23	protrahira	protrahirá
57	12	por exemplo	para exemplo
»	28	juridicos	juridicas
59	6	veune	venne
68	9	celebrado	tratado
78	10	no	do
82	16 not.	BLUNTSCLI	BLUNTSCHLI
89	23	a	á
»	4 not.	HAUTEFEMLLE	HAUTEFEUILLE
91	3	novo	nosso
103	12 not.	77	27
134	24	*todos*	*todas*
146	11 not.	PRÉCIS	BOSSY
158	3	contrefaction	contrefaçon